This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL 0Y36 T

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Mecklenburg-Schwerin. Oberappellati
gerich

# Entscheidungen

des

## Großherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsgerichts zu Rostock.

---

Siebenter Band.

---

Neue Folge. Zweiter Band.

---

Herausgegeben

von

**Dr. Johann Friedrich Budde.**

Wismar, Rostock und Ludwigslust.
Druck und Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung.
1871.

Digitized by Google

Rec. Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

†

Dem Andenken

des treuen Freundes und Mitarbeiters

# Dr. Carl Adolf Schmidt

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

# Inhalts-Verzeichniß.

## I. Civilproceß.


| | | Seite |
|---|---|---|
| 1. | Eventuelle Competenz des Gerichts des Aufenthaltsorts zur Regulirung des Nachlasses von Dienstboten und andern in Lohn und Brod stehenden Personen | 1 |
| 2. | Zur Lehre von der Litispendenz | 2 |
| 3. | Ueber Zeugen, die „in Rathen und Thaten gewesen" | 4 |
| 4. | Zur Lehre von der Urkundenedition | 7 |
| 5. | Ueber den Reinigungseid | 11 |
| 6. | Zur Lehre vom Offenbarungseide | 15 |
| 7. | Fortbestand und Anfechtbarkeit der Pachtcontracte im Concurse nach der Verordnung vom 22. Juni 1811 | 19 |
| 8. | Liquiditätsstreitigkeiten im Concurse | 21 |
| 9. | Die Priorität des rückständigen vertragsmäßigen Einkommens der Landschullehrer im Concurse | 24 |
| 10. | Zur Lehre von der Massendistribution | 29 |


## II. Privatrecht.

### A. Allgemeine Lehren.


| | | |
|---|---|---|
| 11. | Sind Vereine zu dauernden Zwecken als juristische Personen zu betrachten? | 31 |
| 12. | Abschluß eines Geschäfts durch einen Stellvertreter | 34 |
| 13. | Vereitelte Bedingung | 36 |


### B. Sachenrecht.


| | | |
|---|---|---|
| 14. | Zur Lehre von der actio negatoria | 48 |
| 15. | Vorbehalt des Eigenthums an einem Waarenlager | 50 |
| 16. | Eintragungen auf den eigenen Namen des Grundeigenthümers | 52 |
| 17. | Wirksamkeit der Eintragungen auf eigenen Namen nach der Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 | 54 |


Digitized by Google

Seite

18. Beweis des Umfangs der im Stadtbuche verzeichneten Grundstücke ..... 57
19. Zur Auslegung des §. 7 der Domanialhypothekenordnung vom 2. Januar 1854 ..... 60
20. Priorität des Lohnes eines Zieglergesellen nach der Domanialhypothekenordnung vom 2. Januar 1854 ..... 62
21. Zum Artikel 7, Theil III., Tit. 12 des Rostocker Stadtrechts 64
22. Zur Lehre von den Grunddienstbarkeiten ..... 70
23. Zur Lehre von der Untheilbarkeit der Servituten und deren Ersitzung ..... 80
24. Ersitzung von Servituten an städtischen Grundstücken ..... 87
25. Besitz einer einheitlichen Weideservitut an einem Complex mehrerer Grundstücke ..... 89
26. Die einer Gemeinde zustehende Weidegerechtigkeit darf nicht durch Einzelhut ausgeübt werden ..... 98
27. Der emphyteutische Canon ist keine wahre Reallast. Der Emphyteuta haftet nicht für Rückstände aus der Zeit seines Vorbesitzers ..... 101
28. Superficies ..... 106
29. Ueber das gesetzliche Pfandrecht Bevormundeter am Vermögen ihrer Vormünder ..... 110
30. Handhabend Pfand ..... 112
31. Zur l. un. C. etiam ob chirograph. (8. 27.) ..... 116

## C. Obligationenrecht.

32. Ausrichtung eines übernommenen Auftrages durch einen Stellvertreter. Rechtsverhältnisse zwischen dem Mandatar und seinem Substituten ..... 120
33. Klagbarkeit mündlicher Verträge, deren schriftliche Abfassung beredet worden ..... 128
34. Rechtliche Bedeutung der einem Notar hinsichtlich eines ihm zu übertragenden Geschäfts ertheilten Zusicherung ..... 131
35. Ueber die Verwirkungsclausel in Verträgen ..... 134
36. Zur Lehre von der Novation ..... 140
37. Bei den in das Hypothekenbuch eines Gutes eingetragenen Forderungen wird der Lauf der Conventionalzinsen schon durch die mora accipiendi des Gläubigers unterbrochen, ohne daß es dazu der gerichtlichen Deposition des Capitals bedarf ... 142
38. Kauf. Empfangbarkeit der Waare ..... 158
39. Redhibition einer gekauften Quantität wegen fehlerhafter Beschaffenheit einzelner Gegenstände nach gemeinem und Handelsrechte ..... 161
40. Verhaftung des Verkäufers wegen des in Folge von Mängeln der Waare nach der Ablieferung entstandenen Minderwerthes ..... 169
41. Kauf nach Probe ..... 176
42. Zur Lehre von den Miethscontracten ..... 179
43. Zur Lehre vom Precarium ..... 183
44. Beneficium excussionis des Bürgen ..... 186

Digitized by Google

Seite

45. Rechtsverhältniß der Bürgen zu einander aus einer durch Unterschrift einer Tratte beziehungsweise durch Indossament übernommenen Bürgschaft ..... 190
46. Blancocession ..... 196
47. Die processualische Stellung des Indossatars, der in Wirklichkeit nur Mandatar des Indossanten ist, zum Schuldner 199
48. Theilweise Durchstreichung eines Indossaments ..... 200
49. Zur Anstellung der Bereicherungsklage aus einem verloren gegangenen Wechsel ist dessen Amortisation erforderlich .... 202
50. Nicht vereinbarte Vergütung für gewährte Alimente ..... 204
51. Zur Lehre von der Lex Aquilia ..... 208
52. Actio aquae pluviae arcendae ..... 215
53. Interdictum, ne quid in flumine publico fiat. tit. Dig. (43, 13) 222

## D. Familien- und Erbrecht.

54. Ueber den Einfluß einer Verlegung des Domicils auf das nicht conventionelle Güterverhältniß unter Ehegatten ..... 236
55. Haftung des Frauenguts für des Mannes Schulden nach Rostocker Rechte ..... 238
56. Veräußerungsbefugniß des Ehemannes rücksichtlich des von ihm verwalteten Paraphernalgutes der Frau ..... 242
57. Gültigkeit der von dem Vater einem in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Kinde gemachten Schenkungen ..... 244
58. Zur Peculienlehre. — Haftung der Mitglieder des obervormundschaftlichen Gerichts für das Mündelgut ..... 245
59. Zur Lehre von den Adventicien der Hauskinder ..... 249
60. Zur Lehre von der Cura gebrechlicher Personen ..... 255
61. Cura absentis ..... 256
62. Ueber den Erbanspruch der armen Wittwe ..... 258
63. Verhältniß der Beneficialerben zu den Nachlaßgläubigern .. 271

## III. Kirchen- und Staatsrecht.

64. Gutsherrlicher Verzicht auf die Kündigung eines Dorfschulcontractes ..... 274

Digitized by Google

Digitized by Google

# I. Civilproceß.

## 1.

**Eventuelle Competenz des Gerichts des Aufenthaltsortes zur Regulirung des Nachlasses von Dienstboten und andern in Lohn und Brod stehenden Personen.** Mo. 795/1869.

Der Müllergeselle M. hatte einige Jahre als Geselle in R. gedient und war daselbst gestorben. Ein selbständiges Domicil hatte er nicht erworben; seine Eltern hatten an verschiedenen Orten in Mecklenburg gewohnt und sein Vater sich nach dem Tode der Mutter nach einem Orte in Pommern begeben, ohne den Sohn mitzunehmen, so daß es zweifelhaft war, an welchem Orte dieser Heimathsrecht hatte. — Das Gericht zu R. hielt sich unter diesen Umständen zur Ertheilung eines Erbenzeugnisses nicht für competent; das O.-A.-Gericht reformirte jedoch mittels Entscheidung vom 5. April 1869:

> Denn der für Dienstboten und andere in Lohn und Brod stehende Personen am Wohnorte der Herrschaft begründete Gerichtsstand ist ein genereller,
>
> > vgl. §. 8 der Verordnung vom 19. Febr. 1862, betr. die Beschränkung der Canzleisässigkeit, und §. 106 des Erbvertrages von 1788,
>
> und wenn auch dem Gerichtsstande des eigenen Domicils des Dienenden für Curatel-, Concurs- und Nachlaßsachen durch eine wohlbegründete, feststehende Praxis die Präferenz beigelegt ist, so sprechen doch nicht gleich starke Gründe für dieselbe Be-



Digitized by Google

vorzugung des Gerichtsstandes der Heimath vor dem des Aufenthalts. Die Verordnung vom 6. Februar 1868, §. 3, schließt zwar für Personen, welche in den Militairstand nur zur Erfüllung ihrer Dienstpflicht eingetreten sind, die Competenz des Gerichts der Garnison in Nachlaßsachen aus, aber hier liegt ein nicht freiwillig erwählter Beruf von genau begrenzter Dauer vor, und in diesen Beziehungen verhält sich die Sache anders beim Stande eines Dienstboten oder eines gewerblichen Gehülfen.

Der Verstorbene ist zweifellos ein Angehöriger von Mecklenburg-Schwerin geblieben und hat nach dem Wegzuge seines Vaters nach Preußen, wodurch er das vom Vater abzuleitende inländische Domicil verlor, im Inlande ein neues nicht erworben. Es bleiben also nur das Gericht des Aufenthaltortes und das des Heimathsortes zu berücksichtigen. Für die Entscheidung des Concurrenzfalles fällt nun ganz besonders in's Gewicht, daß der Verstorbene in R. nicht blos mehrere Jahre lang bis zu seinem Tode in seinem Berufe sich aufgehalten hat, sondern daß auch dort sein Nachlaß sich befindet. Ein solcher Aufenthalt steht dem Domicile näher, als der Ort der Angehörigkeit, welcher hier überdies nicht mit Sicherheit anzugeben ist. Es kommt hinzu, daß der Magistrat zu R. sowohl durch das Decret vom ....., welches die Anordnung einer Curatel über die Verlassenschaft eventuell verfügen wollte, als auch durch die Auslieferung derselben an die Recurrenten die Competenz der hiesigen Gerichte bereits anerkannt hat.

---

## 2.

**Zur Lehre von der Litispendenz.** Sa. $1633/_{1869}$.

In einem Erkenntnisse vom 31. Mai 1869 erklärte das O.-A.-Gericht die vorgeschützte exceptio litis pendentis aus nachstehenden Erwägungen, aus denen sich das Factische ergiebt, für begründet:

Digitized by Google

Der Kläger hat vor Erhebung der jetzigen Klage eine gleiche Klage beim Magistratsgerichte zu Schwerin als dem forum domicilii der Beklagten angestellt, gegen das dieselbe zurückweisende Decret Vorstellung erhoben und gegen das darauf erlassene Inhäsivdecret Querel eingelegt, diese aber vorläufig nicht durchführen zu wollen erklärt. Wenn nun die hierauf gegründete Einrede der Litispendenz in den vorigen Erkenntnissen aus dem Grunde verworfen ist, weil die Litispendenz nicht schon durch Einreichung der Klage, sondern erst durch Einleitung einer Verhandlung über dieselbe begründet wird, so ist dieser Satz allerdings an sich richtig, und kann die Frage, ob die Litispendenz schon mit der Insinuation der das gerichtliche Verfahren einleitenden Verfügung oder erst mit der Litiscontestation beginnt, dahingestellt bleiben. — Dieselbe Wirkung muß indeß nach unserem einheimischen Rechte auch dann eintreten, wenn das Gericht ohne zuvorige Einleitung einer Verhandlung die Klage sofort als unbegründet zurückgewiesen und diese Zurückweisung auf erhobene Vorstellung bestätigt hat, weil auch eine solche Entscheidung nach §. 1 No. I des Rechtsmittelgesetzes der Rechtskraft fähig ist, die Klage also, wenn Kläger gegen jene Zurückweisung kein Rechtsmittel eingelegt hätte, bereits durch eine rechtskräftige Entscheidung zurückgewiesen und den Beklagten, denen überdies die Klage sowie die weiteren Anträge mit den darauf erlassenen Decreten auf besonderen Antrag des Klägers mitgetheilt sind, die exceptio rei judicatae zustehen würde. — Ob der Kläger, wenn auf seine Querel die sofortige Zurückweisung seiner Klage wieder aufgehoben und dem Magistratsgerichte die Einleitung der Verhandlung aufgegeben werden sollte, dann in der Lage sein würde, solche Einleitung zu verbitten und eine neue Klage beim Amtsgerichte anzustellen, kann dahingestellt bleiben. Zur Zeit liegt eine der Rechtskraft fähige und durch Querel angefochtene gerichtliche Entscheidung über die Klage vor; und wie



Digitized by Google

der Kläger nicht befugt ist, diese Entscheidung durch Anstellung einer neuen Klage bei einem anderen Gerichte zu beseitigen, so sind auch die Beklagten nicht verpflichtet, sich auf eine solche Klage einzulassen.

---

## 3.

## Ueber Zeugen, die „in Rathen und Thaten gewesen".

Ro. 734/1869.

Rostocker Stadtrecht V. 7. 10 (vgl. Bd. III. S. 20.)

Der Beklagte hatte sich für eine Schuld des Dr. H. verbürgt und war aus dieser Bürgschaft in Anspruch genommen. Zur Elidirung der Klage schützte er eine exceptio doli vor, gegründet auf einen zwischen dem klagenden Gläubiger und dem Hauptschuldner geschlossenen Vertrag, indem er behauptete, daß der Kläger eine darin als Bedingung seines libellirten Anspruchs vereinbarte Leistung unerfüllt gelassen habe. Die rücksichtlich dieser Einrede ihm aufgegebenen Beweise trat er principaliter an durch Berufung auf das Zeugniß des Dr. H. und des Advocaten B., welcher die Vertragsurkunde verfaßt hatte. Die Inhabilität des ersten Zeugen glaubte er damit beseitigt zu haben, daß er in einer von demselben acceptirten schriftlichen Erklärung auf jeden ihm als Bürgen zustehenden Regreßanspruch verzichtet hatte; von dem zweiten Zeugen behauptete er, daß derselbe bei den Verhandlungen des Klägers mit Dr. H. gemeinsamer Rathgeber beider Contrahenten gewesen sei, wogegen der Kläger versicherte, daß B., den er selbst übrigens als Gegenbeweiszeugen vorschlug, in der ganzen Angelegenheit nur im Interesse des Dr. H. thätig gewesen sei und auch den Beklagten zur Uebernahme der Bürgschaft veranlaßt habe. Der erste Richter erklärte beide Zeugen für inhabil und verwies den Beklagten auf den eventuell zur Hand genommenen Schiedseid; das O.-A.-Gericht verordnete aber

Digitized by Google

durch Querelbescheid vom 8. März 1869, daß der Zeuge B. unter Vorbehalt aller Einreden vernommen werde.

Gründe;

In Betreff des Advocaten B. und seines persönlichen Verhältnisses zu der gegenwärtigen Sache ist weiter nichts streitlos, als daß derselbe die Urkunde über den in dem fraglichen Beweissatze erwähnten, vom Kläger mit dem Dr. H. geschlossenen Vertrag concipirt hat. Diese Thatsache ist für sich allein entschieden nicht ausreichend, sein Zeugniß auf Grund des Artikels 10, V. 7 des hiesigen Stadtrechts zurückzuweisen. Wenn nämlich hier, nach dem Vorgange des Lübischen Rechts, solche Zeugen, welche „im Rathen und Thaten" gewesen sind, mit denen, welche „Part und Theil" an dem Streitobjecte haben, auf eine Linie gestellt und gleich diesen für inhabile Zeugen erklärt werden, so ist nach dem Wortlaute sowohl als nach dem ganzen Zusammenhange diese statutarische Bestimmung offenbar auf Denjenigen nicht zu beziehen, der rücksichtlich der streitigen Angelegenheit im Interesse beider Parteien irgendwie thätig gewesen ist, ohne der einen oder anderen einseitig Rath ertheilt und deren Entschließungen beeinflußt zu haben. Die streitig gebliebene Frage, ob B. zur Abfassung der Vertragsurkunde von beiden Contrahenten oder allein vom Dr. H. beauftragt war, ist unerheblich, da die Unpartheilichkeit und Unbefangenheit des Zeugen nur dann in Zweifel gezogen werden könnte, wenn er, was nicht behauptet ist, als Mandatar oder Rathgeber des einen Contrahenten bei dem Abschlusse des Vertrages oder den vorausgegangenen Verhandlungen mitgewirkt hätte, nicht aber, wenn er sich darauf beschränkt hat, dasjenige niederzuschreiben, was ihm als Inhalt einer, bereits ohne sein Zuthun zu Stande gekommenen Vereinbarung mitgetheilt war. Dagegen würde es allerdings von Bedeutung sein, wenn B. auch bei dem libellirten Bürgschaftsvertrage dadurch betheiligt wäre, daß

Digitized by Google

er dem Beklagten die Uebernahme der Bürgschaft empfohlen hätte; allein die Zulassung des Zeugen von der, nach dem bestehenden Proceßrechte ohnehin nicht gerechtfertigten, vorgängigen Constatirung dieser bestrittenen, bisher völlig unbescheinigt gebliebenen Behauptung des Klägers abhängig zu machen, ist um so weniger Grund vorhanden, als Letzterer selbst zur Erbringung des ihm speciell freigelassenen directen Gegenbeweises sich gleichfalls auf diesen Zeugen, den er für sich als einen völlig exceptionsfreien anerkannt wissen will, berufen hat, mithin bei dem zwischen Beweis und Gegenbeweis bestehenden unlösbaren Zusammenhange, ohne mit sich selbst in einen unstatthaften Widerspruch zu gerathen, nicht fordern kann, daß die Vernehmung ganz unterbleibe. Uebrigens erfolgt diese, wie sich von selbst versteht, unter Vorbehalt der Einreden, auch wird der Zeuge zu veranlassen sein, sich bei der Beantwortung der 7. Generalfrage über sein Verhältniß zur Sache näher zu erklären, und es wird daher der Frage, ob eventuell seiner Aussage irgend welcher Werth beizulegen sei, nicht vorgegriffen.

Daß der Dr. H., als dessen Bürge Beklagter jetzt belangt ist, für diese Sache ein völlig inhabiler Zeuge sei, ist zweifellos. Beklagter hat zwar bescheinigtermaßen nach der Beweisantretung auf seinen Regreßanspruch verzichtet, allein einerseits wird damit das natürliche Interesse des Hauptschuldners, daß der Bürge um seinetwillen nicht in Weiterungen und Verlust gerathe, nicht beseitigt, und andererseits ist der Verzicht ausdrücklich zu dem Zwecke geleistet, den aus der Regreßpflicht zu entnehmenden Inhabilitätsgrund aus dem Wege zu schaffen, so daß die Zeugnißfähigkeit durch einen dem Zeugen zugewendeten Vermögensvortheil erreicht werden soll. Dazu kommt, daß H. aus den libellirten Wechseln Schuldner des Klägers geblieben ist, und schon aus diesem Grunde, trotz des vom Bürgen auf dessen eventuellen Re-

Digitized by Google

greßanspruch geleisteten Verzichts, ein Zeugniß in eigener Sache ablegen würde.

---

## 4.

## Zur Lehre von der Urkundenedition.

Mo. 89/1867 Str.

In einem Debitwesen liquidirte die Schwester der Ehefrau des Gemeinschuldners, welche diesem ihrem Schwager die Wirthschaft führte, eine Darlehnsforderung von 4000 Thlr. unter Vorlegung des Schuldscheins. Der Actor Communis erkannte zwar die Echtheit dieser Urkunde an, bestritt aber, daß die Anleihe wirklich gemacht sei, da die Liquidantin niemals die dazu erforderlichen Mittel besessen habe. Dem widersprach sie, behauptete, daß ihr Vermögen zur Beschaffung der Darlehenssumme völlig ausreichend gewesen sei, wies dabei namentlich auf die Erbschaft ihrer verstorbenen Eltern hin, welche wohlhabend gewesen seien. Im Prioritätserkenntnisse wurde die Forderung locirt, dem Actor Communis jedoch der Beweis vorbehalten, daß der Cridar die streitigen 4000 Thlr. nicht empfangen habe. Zur Erbringung dieses Nachweises wollte derselbe u. A. die bei einem auswärtigen Gerichte erwachsenen Acten, betreffend die Regulirung des elterlichen Nachlasses der Liquidantin, benutzen und erbat deren Requisition. Das Concursgericht ging auf den Antrag ein. Auf Beschwerde der Liquidantin erkannte aber das O.-A.-Gericht durch Bescheid vom 21. März 1870, daß dem Gesuche um Einforderung jener Acten nicht zu entsprechen sei.

Gründe:

Die in Rede stehenden Acten betreffen Privatrechtsverhältnisse der Liquidantin und dieselbe hat einen wohlbegründeten Anspruch darauf, daß deren Inhalt nicht zur Kenntnahme eines jeden Dritten gebracht werde. Selbst das In-

Digitized by Google

tereſſe, welches ein Dritter an einer Einſicht derſelben darauf zu begründen vermag, daß er durch die betreffenden Verhandlungen die ihm in einem anhängigen Rechtsſtreite auferlegten Beweiſe erbringen könne, verpflichtet ſie nicht, ſich dieſelbe gefallen zu laſſen, und auch die l. 2. C. de edendo (2, 1) giebt dem Richter eine ſo weit gehende Befugniß, die Junction zu den Proceßacten gegen ihren Willen zu verfügen, richtiger Anſicht nach nicht;

vergl. hierüber Arnold, practiſche Erörterungen aus dem Rechtsgebiete, Abth. I. über das Recht der Acten-Einſicht.

Die Controverſe, ob und wie weit dieſer allgemeine Grundſatz durch das in der proceſſualiſchen Stellung begründete Rechtsverhältniß ſtreitender Parteien alterirt werde, iſt bisher weder in der Theorie noch in der Rechtſprechung zu einem definitiven Abſchluſſe, aus welchem ſich eine communis opinio entnehmen ließe, gekommen. Die ll. 5, 6, 8, C. tit. cit. geben ihrer beſtimmten Wortfaſſung nach dem Beklagten, welcher wegen einer Geldſchuld belangt wird, nur die Befugniß, von dem Kläger zu verlangen, daß derſelbe die rationes edire, unter welchen bekanntlich die Hausrechnungs- oder Geſchäftsbücher zu verſtehen ſind, welche — ähnlich den rationis der argentarii — nach römiſcher Sitte auch Privatleute zu führen pflegten.

Ascon Ped., interpret. at Cicer. in Verrem, l. 1. Cap. 23,
l. 6 §. 3 D. de edendo (2, 13),
l. 47 §. 1 D. de pactis (2, 14),
M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. §. 17, 18.

Die älteren Juriſten des Mittelalters waren einer Ausdehnung der Editionspflicht über den hier gedachten Fall nicht geneigt, und wenn ſich auch ſpäter eine weit verbreitete Anſicht dahin bildete, daß der Kläger in allen Fällen verpflichtet ſei, diejenigen Urkunden, deren ſich der Beklagte zu

Digitized by Google

seiner Vertheidigung zu bedienen vermöge, zu ediren — vgl. außer den in der sententia a qua aufgeführten Schriftstellern noch

Glück, Commentar, Bd. 22 S. 118 Nr. 5,
Martin Lehrbuch §. 316,
Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. II. §. 380 S 152, —

so hat sich doch auch eine Mehrzahl angesehener Rechtsgelehrter gegen eine so weit gehende Ausdehnung jener Gesetzesvorschriften mit Entschiedenheit ausgesprochen,

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten, Aufl. 6, Bd. III. §. 708 S. 674, 675 und die dort Angeführten.
v. Keller, Pandecten, Bd. II. §. 382, Nr. 3,
Heffter System des Civilprocesses §. 252,
Linde Lehrbuch des Civilprocesses §. 279, Nr. 8,
M. Mittermaier a. a. O.

und

v. Bayer, Vorträge, Aufl. 9 §. 293, S. 963 ff., sowie
Wetzell, System des Civilprocesses, Aufl. 2, S. 222,

wollen eine Editionspflicht des Klägers nur rücksichtlich derjenigen Urkunden zugeben, auf welche der Kläger zur Begründung seiner Klage sich selbst berufen hat, ein Satz, welcher auch in der hiesigen Rechtsprechung Anwendung gefunden hat. Ueber die Praxis anderer Gerichtshöfe liegen entscheidende Zeugnisse nicht vor, den in Seuffert's Archiv, Bd. III. 117, 118, Bd. X. 307, Bd. XVII. 117, referirten Präjudicien des Oberappellationsgerichts zu Lübeck und des Obergerichts zu Wolffenbüttel tritt dasjenige des Oberappellationsgerichts zu Oldenburg (Bd. III. 119) geradezu entgegen. Erwägt man nun, daß schon zur Zeit des älteren Römischen Processes, wo der Kläger sofort mit der editio actionis diejenigen Urkunden vorzulegen hatte, auf welche der Klaganspruch sich gründete, dieser Zwang sich doch auf diejenigen instrumenta nicht bezog, quibus usurus non est,

Digitized by Google

l. 1 §. 3 D. de edendo (2, 13),

und daß keine inneren Gründe dafür vorliegen, von dem allgemeinen Grundsatze der

l. 7 C. de testibus (4, 20),

c. 1 X. de probationibus (2, 19)

weiter abzuweichen, als es die Rücksicht auf Parteiengleichheit verlangt, so rechtfertigt sich auch eine Ausdehnung der vorgedachten Codexstellen nur so weit, daß dem Beklagten die Benutzung derjenigen Urkunden zu gestatten ist, auf welche der Kläger sich zu der Klage berufen hat, und mithin Kläger zur Edition dieser, nicht aber zur Vorlegung aller Urkunden ohne Ausnahme, deren Beklagter sich zu seiner Vertheidigung bedienen mag, für verpflichtet zu halten ist.

Um Urkunden der erstgedachten Art handelt es sich aber im gegenwärtigen Falle nicht. Die Liquidantin macht in ihrer Liquidation geltend, daß sie dem Cridar die Summe von 4000 Thlr. Gold angeliehen habe, und beruft sich hiefür auf die ihr von demselben ausgestellten Schuldurkunden Zwar thut sie auch in der Replik der Regulirung des Nachlasses ihrer Eltern und des ihr aus derselben angefallenen Vermögens Erwähnung; allein dies geschieht nicht zur Begründung der Klage, sondern nur, um damit der Behauptung des actor communis entgegenzutreten, daß sie vollständig arm und deshalb zur Hergabe des liquidirten Darlehns nicht im Stande gewesen sei, und sie sagt dort nicht einmal geradezu, daß die Anleihe ganz oder zum größten Theile aus dem von den Eltern ererbten Vermögen gemacht sei. Es durfte deshalb von dem Proceßgerichte auf den Antrag des Liquidaten, die mehrgedachten Acten zu requiriren und den gegenwärtigen Acten zu jungiren, bei erfolgtem Widerspruche der Liquidantin nicht eingegangen werden.

---

Digitized by Google

## 5.

## Ueber den Reinigungseid. Go. 544/1868.

H. klagte als Verkäufer eines Hauses gegen den Käufer G. auf Zahlung der ersten Kaufgeldsrate von 1000 Thlr., welche zu dem vereinbarten Termine nicht entrichtet war. G. leugnete, daß ein bündiger Handel zu Stande gekommen sei, und es wurde deshalb dem Kläger zu beweisen gegeben,

daß er dem Beklagten Mitte November 1866 das fragliche Haus für 7500 Thlr. mündlich verkauft habe und daß vereinbarungsgemäß Antoni 1867 auf das Kaufgeld 1000 Thlr. haben gezahlt werden sollen.

Der Beklagte schützte eine zur Elidirung der Klage geeignete Einrede vor, deren Beweis er durch Antrag eines demnächst vom Kläger acceptirten Schiedseides antrat.

Das Ergebniß des klägerischen Hauptbeweises bestand in der Aussage eines klassischen Zeugen, welcher den Beweissatz vollständig deckte, aber durch sonstige Erhebungen weder unterstützt noch abgeschwächt wurde.

Daraufhin hatte der erste Richter dem Beklagten den Reinigungseid auferlegt, dessen Formel ganz dem Inhalte der Zeugenaussage angepaßt war, wogegen in zweiter Instanz der Kläger seine Zulassung zum Erfüllungseide durchsetzte. Das auf weitere Berufung des Beklagten ergangene Urtheil des O.-A.-G. vom 29. Juni 1868 lautet:

Es wird unter Wiederaufhebung des angefochtenen Erkenntnisses — der erstinstanzliche Bescheid hiemit wiederhergestellt, jedoch erhält der vom Beklagten auszuschwörende Reinigungseid folgende Fassung:

daß er von dem Kläger Mitte November 1866 dessen an der Bergstraße Nr. 248 zu Schwerin belegenes Wohnhaus für einen vereinbarten Preis von 7500 Thlr., wovon vereinbarungsmäßig 1000 Thlr. zu Antoni 1867 gezahlt werden sollten, mündlich nicht gekauft habe.

Digitized by Google

Für den Fall der Ableistung dieses Eides wird Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen und verurtheilt, dem Beklagten die Kosten dieses Processes binnen vierzehn Tagen bei Strafe der Execution zu erstatten.

Für den entgegengesetzten Fall bleibt nach vorgängiger Absolvirung des Verfahrens über den dem Kläger angetragenen und angenommenen Schiedseid sowohl rücksichtlich der Hauptsache, als der Kosten halber, weitere rechtliche Entscheidung vorbehalten.

Aus den Gründen ist Folgendes hervorzuheben:

Die Bestimmung unserer Landesproceßordnungen, wonach bei gerade halb geführtem Beweise nur dann auf den Erfüllungseid erkannt werden soll, wenn der Probant eine glaubhafte Person und der Streitgegenstand nicht von Belang ist, beruht auf den im Anschlusse an die Glosse von den späteren italienischen Juristen ausgebildeten, in das gemeine Recht übergegangenen Grundsätzen.

Wetzell, Civilproceß, §. 26 S. 250 ff. der 2. Aufl.

Wenn das thema probandum nicht schon durch die relative Stärke des unvollkommen geführten Beweises überwiegend wahrscheinlich gemacht, d. h. wenn nicht mehr als halb bewiesen ist, überdies beide Parteien an Eideswürdigkeit einander gleichstehen und Beide in der Lage sind, einen Wahrheitseid leisten zu können, so spricht die in l. 125 Dig. de Reg. Jur. (50. 17) aufgestellte allgemeine Rechtsregel für den Reinigungseid, und es stellt sich als eine Ausnahme dar, daß in geringfügigen Sachen, in welchen ein Meineid so leicht nicht zu besorgen ist, auf den Erfüllungseid erkannt wird. Es kann hienach nicht für richtig gelten, daß die deutsche Praxis, indem sie nur Ehesachen und ähnliche, ein öffentliches Interesse berührende Rechtsstreite zu den schlechthin bedeutenden zähle, bei halb erbrachtem Beweise in Erman-

Digitized by Google

gelung sonstiger der concreten Sachlage entnommenen Entscheidungsnormen stets dem Probanten den Erfüllungseid geben müsse,

Wetzell a. a. O.

auch hat diese Ansicht keineswegs die gemeine Meinung für sich, wie u. A. die Ausführungen bei

Glück, Comm. Bd. XII S. 383 ff.

Beyer, Vorträge über den gem. ord. Civil-Proceß, S. 913 ff. der 8. Aufl.

zeigen. Was insbesondere die einheimische Praxis betrifft, so ist dieselbe durch die erwähnte, weder irrationale noch einem überwundenen wissenschaftlichen Standpunkte angehörende Vorschrift der Landesproceßordnungen gebunden, daß aber dieselbe noch gelte und durch eine entgegenstehende beachtliche Praxis nicht beseitigt sei, ist unbestreitbar, da das Ober-Appellations-Gericht in allen zu seiner Cognition gelangten geeigneten Fällen jene Vorschrift stets aufrecht erhalten und befolgt hat. Von den beiden hiesigen Entscheidungen, welche der Appellat für seine gegentheilige Behauptung in Bezug nimmt, gehört die eine überall nicht hieher, indem sie einen Rechtsfall betrifft, welcher an das Ober-Appellations-Gericht erst gelangte, als bereits rechtskräftig auf das suppletorium erkannt war; die andere hat allerdings an die Stelle des durch zwei conforme Urtheile auferlegten Reinigungseides den Erfüllungseid gesetzt, allein nach Ausweis der beigefügten Gründe nur deshalb, weil angenommen wurde, daß mehr als halber Beweis vorliege. Hiernach kann auf den Antrag des Appellaten, über diesen Punkt vor Weiterem den Bericht der übrigen Landesgerichte zu erfordern, nicht eingegangen werden. Unerheblich ist es endlich auch, wenn der Appellat noch darauf aufmerksam macht, daß nach der Güstrow'schen Canzlei-Ordnung II. 29. 2. auch das juramentum purgationis nur Statt haben soll,

Digitized by Google

sofern kein perjurium zu besorgen ist. Damit ist nämlich offenbar nur auf die im vorliegenden Falle nicht beanstandete Voraussetzung hingewiesen, daß der Probat eine völlig glaubwürdige Person sein müsse. Auf die Höhe des Streitgegenstandes kann das Gesetz an dieser Stelle keine Rücksicht genommen haben, da ja für erhebliche Sachen bei halb erbrachtem Beweise das suppletorium regelmäßig ausgeschlossen sein, also gerade das purgatorium die Regel bilden soll. Ebenso wenig kann darauf etwas ankommen, daß der Probat durch eidliche Regirung des Beweissatzes mit einer bereits vorliegenden beschwornen Zeugenaussage in Widerspruch treten würde; daraus folgt nicht, daß er einen Meineid schwören werde, auch wäre, wenn ein widersprechendes Zeugniß der Zulassung des Probaten zur Eidesleistung entgegenstände, für den wichtigsten, einfachsten und häufigsten Fall eines halb gelungenen Beweises das purgatorium ganz unanwendbar; die Consequenz würde sogar die Ausschließung des Reinigungseides selbst dann erfordern, wenn der Beweissatz durch einen persönlich unbescholtenen, aber in concreto nicht ganz exceptionsfreien Zeugen bestätigt wäre, also nicht einmal halber Beweis vorläge.

Das Streitobject ist, wie auch vom vorigen Richter anerkannt wird, unbedenklich als ein für beide Parteien bedeutendes zu bezeichnen, wenn man dabei, bekannten Grundsätzen folgend, den muthmaßlichen Werth des fraglichen zum selbständigen Betriebe einer Brauerei eingerichteten Grundstücks einerseits, sowie den dafür angeblich vereinbarten Preis andererseits und nicht blos die Differenz zwischen beiden Werthen in Anschlag bringt. Es ist daher aus vorstehenden Gründen unter Wiederaufhebung der vorigen Sentenz auf den im ersten Urtheile dem Beklagten auferlegten Reinigungseid zu recurriren gewesen, es ist jedoch angemessen befunden, die von Amtswegen zu regulirende Eidesformel nicht, wie dort

Digitized by Google

geschehen, dem speciellen Inhalt der Zeugenaussage, sondern dem Beweissatze selbst anzupassen. Die rechtlichen Erfordernisse des Abschlusses eines Kaufgeschäftes sind so einfach, daß dieselben auch bei rechtsunkundigen Personen als bekannt vorausgesetzt werden dürfen; jedenfalls kann es im vorliegenden Falle der Eidesverwarnung überlassen bleiben, dem Beklagten die etwa noch erforderlichen Aufklärungen zu geben.

---

## 6.

**Zur Lehre vom Offenbarungseide.** Ho. $91/_{1869}$ Str.

Die Büdnerfrau B. forderte von ihrem Bruder, dem Krüger H., der mit ihr den Vater ab intestato beerbt hatte, einen Eid, daß er vom väterlichen Nachlasse nichts verheimlicht oder abhanden gebracht habe. Diese neben anderen hier nicht interessirenden Ansprüchen vor Gericht geltend gemachte Forderung war in erster Instanz abgewiesen, in zweiter als begründet anerkannt; das O.-A.-Gericht stellte durch Erkenntniß vom 25. Februar 1869 den ersten Richterspruch wieder her und erörterte bei dieser Gelegenheit die Voraussetzungen, unter welchen ein Miterbe vom andern die Ableistung des Manifestationseides zu begehren berechtigt ist. Aus den nachfolgenden Entscheidungsgründen ergeben sich die besonderen Motive, welche im gegebenen Streitfalle die Klägerin bewogen hatte, vom Bruder den Eid zu verlangen.

Die bekannte Bestimmung der l. 22 §. 10 C. de jure deliberandi (6, 30), welche den Erben zwingt, auf Antrag der Gläubiger, Legatare und Fideicommissare den sog. Manifestationseid abzuleisten, setzt nicht das Vorhandensein bestimmter Verdachtsgründe, daß Jener von der Nachlaßmasse etwas verheimlicht oder entfernt habe, voraus, sie findet vielmehr ihre Begründung und Tragweite in der ihr correspondirenden Verpflichtung des Erben, jenen Personen über den

Digitized by Google

Umfang und Bestand der Erbschaft bestimmte Angaben zu machen und die letzteren in Ermangelung anderer Beweismittel durch seinen Eid zu verificiren. Doctrin und Praxis haben, unter dem nicht zu verkennenden Einflusse der Grundsätze des Churſächsischen Rechts über die ſ. g. jurata specificatio diesem Eide eine weitere Ausdehnung auch auf das Verhältniß der Miterben zu einander gegeben. Ist nun auch eine Uebereinstimmung über die Voraussetzungen, unter welchen, und über die Grenzen, innerhalb welcher derselbe nach dieser Richtung gefordert werden darf, unter den Rechtslehrern und in der Rechtsprechung keineswegs erreicht, so ist doch davon auszugehen, daß eine unbedingte Verpflichtung des Erben zur Ableistung des Manifestationseides dem Miterben gegenüber gemeinrechtlich nicht besteht. Die Fortbildung des in der l. 22 §. 10 cit. enthaltenen Princips führt zunächst nur dahin, den Erben zu derselben alsdann anzuhalten, wenn er deshalb, weil er im Besitze des Nachlasses ist, oder aus sonstigen Gründen den Miterben ein Inventar über den letzteren vorzulegen hat, oder wenn er für verbunden zu halten ist, bestimmte Angaben rücksichtlich einzelner Theile des Nachlasses, über deren Verbleib er Rechenschaft zu geben hat, zu machen. Eine hierüber hinausgehende Ausdehnung ist es schon, den Eid ohne Anführung und Bescheinigung bestimmter Verdachtsgründe einer geschehenen Verheimlichung und Unterschlagung blos deshalb zu fordern, weil der Miterbe sich zur Zeit des Todes des Erblassers mit dem Letzteren in derselben häuslichen Gemeinschaft befunden hat. Liegt aber auch Letzteres nicht einmal vor, so wird es immer des Vorhandenseins solcher besonderer Verdachtsgründe, und zwar in einer directen Hinweisung auf eine Untreue des Erben bedürfen, um es zu rechtfertigen, daß derselbe sich von einem, seine Integrität berührenden Verdachte zu reinigen habe. Im gegenwärtigen

Digitized by Google

Falle liegt nun, abgesehen von der behaupteten zur besonderen Beurtheilung stehenden Vermögensverwaltung, kein Anhalt dafür vor, daß der Beklagte in den Besitz auch nur eines Theiles des Nachlasses, sei es vor, sei es nach dem Tode des Erblassers, gekommen ist, welcher ihn zu einer Aufklärung über den Verbleib und zu der eidlichen Bestärkung derselben auf dem von der Klägerin eingeschlagenen Wege verpflichtete. Irrelevant hiefür ist die Angabe der Klägerin, daß Beklagter die unbestritten an den Erblasser bei dessen Lebzeiten zurückgezahlten Capitalien für den Letzteren wieder belegt habe, weil damit der Besitz der betreffenden Schulddocumente nicht schon gegeben ist, und ebensowenig entscheidet die Behauptung, daß der Erblasser dem Beklagten eine bestimmt bezeichnete Summe Geldes in Verwahrung gegeben, eine andere aber angeliehen habe, denn dadurch wurden zwischen Beiden bestimmte obligatorische Verhältnisse begründet, welchen jenen gegenüber den Miterben rücksichtlich ihrer Erfüllung haftbar machen, ihn aber ohne vorgewesenen Rechtsgang zur Ableistung eines Eides nicht nöthigen. Eine häusliche Gemeinschaft fand nicht statt, vielmehr wohnte der Beklagte an einem anderen Orte als der Erblasser, während die Klägerin sich mit dem Letzteren in demselben Dorfe befand. Der Umstand, daß Jener den Vater häufiger besuchte und aus dessen Lade zuweilen zur Bestreitung von Bedürfnissen desselben Geld herausnahm — wie er behauptete, nur wechselte — ist ganz unverfänglich, und die bloße Thatsache, daß Beklagter beim Ableben des Vaters in der Sterbewohnung zugegen gewesen ist, würde, wenn daneben eine Verringerung des Nachlasses wahrscheinlich gemacht werden könnte, denselben nur alsdann verdächtigen, wenn vorläge, daß er dort allein und uncontrolirt oder doch unter solchen Verhältnissen gewesen ist, welche ein unbemerktes Fortschaffen von Vermögensobjecten



Digitized by Google

möglich machten. In dieser Beziehung hat aber die Klägerin nichts angeführt und ist die in der Duplik sowie in voriger Instanz aufgestellte Behauptung des Beklagten, daß sie jedesmal und namentlich auch zur Todeszeit des Erblassers mit ihm zusammen in der Sterbewohnung sich aufgehalten habe, unwidersprochen geblieben. Was endlich den späteren Vorgang bei der Ausräumung des Schrankes betrifft, so gesteht die Klägerin zu, daß dabei der Tischler X. und sie selbst zugegen gewesen sei. Der Beklagte hat eine Obligation von 150 Thlr. N²/₃, welche sich in demselben vorfand, sofort herausgegeben und zur Theilung gebracht, auch sonst über den Inhalt des Schrankes genügende Aufklärung gegeben; denn derselbe hat mit seiner Vernehmlassung zwei gerichtliche Abschriften, betreffend die Deposition und die Publication des den Altentheil des Vaters constituirenden Testamentes der Mutter beigebracht, und es ist nach der eigenen Angabe der Klägerin außer jener Obligation und dem Altentheilsvertrage in dem Schranke nur noch Ein Papier gewesen, so daß es wahrscheinlich wird, daß dies das ebengedachte Publicationsprotocoll gewesen sei. Aus ihrer ganzen Darstellung erhellt nicht, daß Beklagter damals in heimlicher und verdächtiger Weise verfahren ist. Glaubt sie, daß derselbe bei dieser Gelegenheit widerrechtlich sich ein Werthpapier angeeignet hat, so mag sie ihn zur Vorzeige und Herausgabe desselben in dem gewöhnlichen Proceßwege zwingen, es ist aber in dieser ihrer Annahme kein Grund zu finden, um ihn zu einem Manifestationseide über den Bestand und Umfang des ganzen Nachlasses, rücksichtlich dessen er Angaben zu machen nicht verpflichtet ist, zu nöthigen.

---

Digitized by Google

## 7.

## Fortbestand und Anfechtbarkeit der Pachtcontracte im Concurse nach der Verordnung vom 22. Juni 1811. Pa. $592/_{1868}$.

Der Gutsbesitzer P. hatte dem Beklagten die Ausnutzung eines zu seinem Gute gehörigen Torfmoors gegen eine jährliche Zahlung überlassen, und es wurde, da über das Vermögen des P. bald nachher Concurs ausbrach, dieser Contract von den *Creditoren* auf Grund der Verordnung vom 22. Juni 1811 mit der actio Pauliana angefochten.

Nach dieser Verordnung sollen nämlich die vom Cridar auf mehrere Jahre abgeschlossenen Pacht- oder Miethscontracte bei Landgütern bis zu dem zweiten nach der Concurseröffnung folgenden Johannistermin, alle andern Pacht- und Miethscontracte bis zu dem zweiten gewöhnlichen Umzugstermin fortdauern und die Creditoren für den gedachten Zeitraum in den Contract eintreten. — Hinsichtlich der in frandem creditorum abgeschlossenen Contracte soll es jedoch bei den Bestimmungen des gemeinen Rechts verbleiben und sollen dahin künftig alle innerhalb eines Jahres vor der Concurseröffnung abgeschlossenen Contracte gerechnet werden.

Auf Grund dieser Bestimmung glaubten die Creditoren ohne Weiteres die Restitution des Werths des vom Beklagten gewonnenen Torfs fordern zu können, während der Beklagte dagegen einwandte, daß auch nach der Verordnung vom 22. Juni 1811 eine Verletzung der Creditoren und die conscientia frandis nachgewiesen werden müsse und der vorliegende Vertrag nicht als Pacht- sondern als Kaufcontract anzusehen sei.

Die beiden vorigen Erkenntnisse hatten die Klage abgewiesen, das zweite von einer Juristenfacultät eingeholte namentlich aus dem Grunde, weil der fragliche Contract als Kaufcontract anzusehen und daher die Verordnung vom 22. Juni 1811 auf den-



Digitized by Google

selben nicht anwendlich sei. — Das O.-A.-Gericht bestätigte mittels Entscheidung vom 6. Februar 1869 aus folgenden Gründen:

Denn die Verordnung vom 22. Juni 1811 will, wie schon die ihr gegebene und in der Declarator-Verordnung vom 21. März 1812 wiederholte officielle Benennung zeigt, auch im Eingange ausdrücklich gesagt ist, nur die entstandenen Zweifel und Differenzen über den Bestand (Fortbestand) der Pachtcontracte bei entstehenden Concursen und die Rechte der Pachtvorschüsse schlichten; und heißt es dann weiter, daß sie darüber Folgendes verordnet. Dem entspricht auch der Inhalt der Bestimmungen sub I. bis III., indem dadurch festgesetzt ist, daß und zu welchen Rechtsfolgen die Creditoren in die bestehenden Pachtcontracte eintreten und wie es mit dem Pachtvorschusse gehalten werden soll. — Wenn nun weiter sub IV. gesagt ist, daß es hinsichtlich der in fraudem creditorum abgeschlossenen Pacht- und Miethscontracte bei den Bestimmungen des gemeinen Rechtes das Verbleiben behält, so können damit nach dem Eingange der Verordnung und dem Zusammenhange dieser Vorschrift mit den vorausgehenden Nummern nur diejenigen Bestimmungen des gemeinen Rechtes gemeint sein, welche die Verpflichtung der Creditoren zum Eintritt in derartige Contracte, also ihren Fortbestand im Concurse zum Gegenstand haben. Es ist folglich hiemit nur ausgesprochen, daß die in Nris. I. bis III. enthaltenen Vorschriften auf die in fraudem creditorum abgeschlossenen Pachtcontracte keine Anwendung leiden, und kann unter diesen Umständen auch der Zusatz, daß dahin künftig auch die innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Concurses abgeschlossenen Contracte gerechnet werden sollen, nur dahin verstanden werden, daß sie in Bezug auf die durch die fragliche Verordnung geregelten Rechtsfragen als in fraudem creditorum abgeschlossen werden sollen. Dies ergiebt sich auch aus der gleich hinzugefügten Folgerung, „daß

Digitized by Google

also der Vorschuß nicht aus der Masse, sondern suo loco aus dem Concurse zurückgefordert werden soll, und würde überdies eine Bestimmung, wonach bei allen innerhalb eines Jahres vor Ausbruch des Concurses abgeschlossenen Pacht- und Miethscontracten auch für die Vergangenheit der Mitcontrahent als in mala fide versirend behandelt werden soll, eine so exorbitante Härte involviren, daß eine solche Absicht nicht angenommen werden kann.

Auf die Frage, ob der vorliegende Contract als Pacht- oder Kaufcontract anzusehen ist, braucht unter diesen Umständen nicht näher eingegangen zu werden, da die bezügliche Klage lediglich auf die Bestimmung sub IV. der Verordnung vom 22. Juni 1811 gegründet ist.

---

## 8.

## Liquiditätsstreitigkeiten im Concurse.

Bu. $1233/_{1870}$. Le. $670/_{1870}$.

I. In dem Concurse des B. liquidirte dessen Ehefrau eine Dotalforderung. Die meisten Creditoren erkannten diese Forderung als richtig an, auch der Curator bonorum erklärte, daß er von der Richtigkeit derselben überzeugt sei; in Rücksicht auf den Widerspruch einzelner Creditoren ward jedoch der Liquidantin der Beweis ihres Dotalanspruchs auferlegt. Bei ihrer Beweisantretung wies dieselbe zugleich nach, daß bis auf den unter den Chirographarien locirten Kaufmann C. alle übrigen Gläubiger ihre Forderung anerkannt hätten, und entschied das Concursgericht, nachdem der Curator bonorum dies bestätigt hatte, daß die Fortsetzung des Rechtsstreits auf Kosten der Masse durch den Curator bonorum unter diesen Umständen unstatthaft und dem dissentirenden Creditor zu überlassen sei. Dieser war damit auch einverstanden; die Liquidantin hielt sich jedoch dadurch be-

Digitized by Google

schwert, daß ihr ein anderer Proceßgegner obtrudirt werden solle. Die Justiz-Canzlei reformirte nur insoweit, daß zunächst vom Curator bonorum eine bestimmte Erklärung darüber zu erfordern sei, ob er seinen Widerspruch fallen lasse, und sprach aus, daß für diesen Fall dem dissentirenden Creditor die Fortsetzung des Streits auf seine Gefahr und Kosten überlassen bleibe. Das O.-A.-Gericht hob jedoch diesen letzten Ausspruch mittels Querelentscheidung vom 8. September 1870 aus folgenden Gründen wieder auf:

> Die Durchführung des Liquiditätsstreits gegenüber den einzelnen Liquidanten ist an sich Sache des zum Vertreter der Masse bestellten Curator bonorum, und wenn er hinsichtlich der Anerkennung oder Bestreitung der einzelnen Liquidate auch an die vota creditorum gebunden ist, so folgt daraus doch nur, daß, weil alle Creditoren ein Recht darauf haben, daß die angemeldeten Forderungen bewiesen werden, der Liquiditätsstreit durchgemacht werden muß, sobald von den interessirenden Creditoren einer oder mehrere das Liquidat nicht anerkennen, es Letzteren auch freisteht, den Vertreter der Masse hiebei in geeigneter Weise zu unterstützen. Der Widerspruch eines nicht interessirenden Gläubigers dagegen ist nicht zu beachten, da dieser kein Recht hat, die allein interessirenden Gläubiger zur Führung von Processen zu zwingen. Vollends steht es aber einem solchen nicht frei, die Uebertragung des Processes auf eigene Gefahr und Kosten zu verlangen; denn würde ihm gegenüber auch der Beweis des von ihm bestrittenen Liquidats nicht erbracht, so könnte dies doch immer nur die Folge haben, daß das Liquidat abgewiesen würde, nicht aber auch dahin führen, daß er in die Stelle des abgewiesenen Liquidanten rückte. Er würde also doch nicht zur Hebung gelangen. Anscheinend befindet sich aber der widersprechende Kaufmann C. in dieser Lage. Haben demnach alle Gläubiger, welche beim Weg-

Digitized by Google

falle des Liquidats der Querulantin ganz oder theilweise zur Hebung gelangen, daſſelbe als richtig anerkannt, und läßt demgemäß der Curator bonorum pflichtmäßig ſeinen Widerſpruch gegen das Liquidat fallen, ſo kann keinem Gläubiger wegen ſeines Widerſpruchs die Befugniß eingeräumt werden, den Rechtsſtreit nunmehr im eigenen Namen und auf eigene Koſten fortzuführen. In Folge der von der Querulantin in ihrer Beweisantretung beigebrachten creditoriſchen Erklärungen und der nicht erfolgten Zuſtimmung des Kaufmanns C. hat daher der Curator bonorum zur Abgabe ſeiner Erklärung über die Fortſetzung des Proceſſes die Entſcheidung des Concursgerichts darüber einzuholen, ob der Widerſpruch des Kaufmannes C. zu beachten ſei oder nicht.

---

*II.* In einem andern Debitweſen hatte ein mit ſeiner Forderung präcludirter Gläubiger gegen dieſe Präcluſion Reſtitution nachgeſucht, und dieſe war ihm, nachdem darüber Verhandlung mit dem actor communis ſtattgefunden hatte, in erſter Inſtanz verſagt, in zweiter dagegen ertheilt. Mit Ausnahme einer Gläubigerin wollten alle Creditoren ſich bei dieſer Entſcheidung beruhigen, und erklärte der actor communis der diſſentirenden Gläubigerin, daß er ſich unter dieſen Umſtänden zur Einlegung eines Rechtsmittels nicht berechtigt halte, ihr aber überlaſſe, dies auf ihre Koſten zu thun. Auf die mit Berufung hierauf von ihr geſchehene Einlegung ward ihr jedoch vom O.-A.-Gericht durch Decret vom 29. März 1871 reſpondirt, daß ſie unter den obwaltenden Umſtänden zwar befugt zu achten ſei, zur Wahrung der Nothfriſt das Rechtsmittel einzulegen, die Verfolgung desſelben aber nur dem actor communis zuſtehe und ſie daher bei Strafe des anzunehmenden Verzichts auf das von ihr eingelegte

Digitized by Google

Rechtsmittel die Aufnahme desselben durch den actor communis zu bewirken habe.

Denn es handelt sich hier nicht um einen Prioritätsstreit, sondern um die Frage, ob einem Creditor die von ihm nachgesuchte Restitution gegen die Versäumung der Anmeldung zu ertheilen ist, und diesen Streit hat der die Restitution nachsuchende Gläubiger, ebenso wie jeden die Liquidität des angemeldeten Anspruches betreffenden Streit, nicht mit den einzelnen Gläubigern, welche der Restitution widersprechen, sondern mit dem actor communis, als Vertreter gesammter Gläubiger auszumachen. Zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen die in einem solchen Streite ergangenen Entscheidungen ist daher regelmäßig auch nur der actor communis legitimirt, und wenn die von ihm darüber einzuholenden vota der interessirenden Gläubiger dahin ausfallen, daß die Majorität gegen die Einlegung eines Rechtsmittels stimmt, nicht befugt, den dissentirenden Gläubigern die Einlegung desselben auf ihre Gefahr und Kosten zu überlassen, damit also dem Liquidanten einen anderen Proceßgegner aufzudrängen. Vielmehr ist, wenn die Differenz sich nicht dadurch heben läßt, daß die dissentirenden Gläubiger sich zur eventuellen Tragung der Kosten erbieten, die Entscheidung des Concursgerichts darüber einzuholen, und kann den dissentirenden Gläubigern nur die Befugniß zugestanden werden, einstweilen durch Einlegung eines Rechtsmittels die Nothfrist zu salviren, eventuell auch die concursgerichtliche Entscheidung über die Fortsetzung desselben zu erwirken.

---

## 9.

## Die Priorität des rückständigen vertragsmäßigen Einkommens der Landschullehrer im Concurse.

Zu den nach der revidirten Hypothekenordnung den intabulirten Gläubigern im Concurse vorgehenden Abgaben gehören

Digitized by Google

nach §. 4 Nr. 1 dieses Gesetzes auch die Schulabgaben. Es waren jedoch Zweifel darüber entstanden, ob dies Vorzugsrecht auf die den Schullehrern gesetzlich zu gewährenden Leistungen zu beschränken sei, oder, wenn dem Schullehrer durch Vertrag ein höheres Einkommen zugesichert worden, auch der das gesetzliche Maß übersteigende Theil des Einkommens den intabulirten Gläubigern vorgehe.

Das O.-A.-Gericht sprach sich in einem vom Justizministerium darüber erforderten Berichte vom 12. Decbr. 1870 für die letzte Ansicht aus und begründete diese nachstehend.

Die Landschulen gehören zu den im allgemeinen öffentlichen Interesse gesetzlich angeordneten Einrichtungen. Hierin beruhet der Grund, weshalb die zur Sustentation derselben erforderlichen Verwendungen, namentlich die auf den ritterschaftlichen Gütern lastenden, alljährlich wiederkehrenden Schulabgaben, welche fast ausschließlich, wenigstens in ihren Hauptbestandtheilen, bei allen Landgütern in den, dem Landschullehrer an Naturalien und baarem Gelde von der Gutsherrschaft zu entrichtenden Dienstemolumenten bestehen, — im §. 4 sub 1 der revidirten ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung vom 18. October 1848, ebenso wie die Parochial-Abgaben, den Steuererlegnissen und öffentlichen Abgaben gleichgestellt sind. Indeß haben dieselben durch jenen, auf die Forderung des Gemeinwohles gerichteten Zweck und durch diese, in Bezug auf die Ordnung des Hypothekenwesens erfolgte Gleichstellung in rechtlicher Beziehung keineswegs den Charakter wirklicher öffentlicher Abgaben angenommen, vielmehr fallen dieselben ihrer rechtlichen Natur nach nach wie vor unter den Gesichtspunkt solcher Erlegnisse, welche durch die betreffenden, zwischen der Gutsobrigkeit und dem Landschullehrer abgeschlossenen Dienst-Contracte begründet werden. Der §. 17 der Patent-Verordnung vom 21. Juli 1821 und ebenso der §. 2

Digitized by Google

der Ergänzungs-Verordnung vom 5. Febr. 1869 bezeichnen dieselben ausdrücklich als Dienst-Contracte, und die hiernach für die gesammten, durch dergleichen Contracte in den einzelnen Fällen dem Schullehrer zugesicherten Dienstemolumente in rechtlicher Beziehung begründete, rein vertragsmäßige Beschaffenheit wird auch dadurch in keiner Weise alterirt, daß das Gesetz wiederum im allgemeinen öffentlichen Interesse in Bezug auf den Betrag dieser Dienstemolumente Minimalsätze festgestellt hat, welche in allen Fällen dem betreffenden Schullehrer durch jene contractlichen Stipulationen mindestens zugebilligt werden müssen. Denn durch dergleichen gesetzliche Beschränkungen der Privat-Verträge wird deren privatrechtlicher Charakter selbst überall nicht verändert, und wenn daher der citirte §. 4 sub 1 der Hypothekenordnung ganz allgemein die Schulabgaben denjenigen Belastungen des Guts beizählt, welche von jeder Eintragung in das Hypothekenbuch, namentlich in die Gutsbeschreibung, ausbeschieden sein sollen, und zwar ohne jede Unterscheidung zwischen denjenigen, den Schullehrern vertragsmäßig zugesicherten Emolumenten, welche jenen gesetzlich festgestellten Minimalsätzen entsprechen, und denjenigen, welche in den einzelnen Fällen etwa über diese Minimalbeträge hinaus entrichtet werden, so führt dies zu dem concludenten Schluß, daß das Gesetz nicht blos jene, sondern auch diese, auf derselben privatrechtlichen causa beruhenden Emolumente zu denjenigen Schulabgaben wirklich gerechnet habe, welche von der Eintragung in das Hypothekenbuch ausbeschieden werden.

Giebt aber die Bestimmung im §. 4 sub 1 der Hypotheken-Ordnung zu einer solchen Unterscheidung keine Veranlassung, so erscheint auch die weitere Vorschrift im §. 32 sub 1a desselben Gesetzes zur Rechtfertigung derselben nicht geeignet. Zunächst nämlich ist es klar, daß gerade bei dieser,

Digitized by Google

die im Fall des Concurses eintretenden Prioritäts-Verhältnisse der auf den Gütern in Grundlage der Hypotheken-Ordnung haftenden Belastungen regelnden Gesetzes-Vorschrift für die Gesetzgebung, hätte es in deren Absicht gelegen, das hier für die Schulabgaben bestimmte Vorzugsrecht von der Bedingung abhängig zu machen, daß der Betrag derselben jene für die betreffenden Dienst-Contracte gesetzlich festgestellten Minimalsätze nicht übersteige, es unbedingt nothwendig gewesen sein würde, dies ausdrücklich auszusprechen. Dies ist aber nicht geschehen, vielmehr verweiset der §. 22 sub 1a ganz allgemein auf den voraufgehenden §. 4 sub 1, und wird somit schon die Wortfassung des Gesetzes dafür entscheiden, daß den gesammten Schulabgaben ohne jede Beschränkung das Recht auf die hier festgesetzte Vorwegbefriedigung hat gewährt sein sollen. Sodann aber dürfte auch der Grundgedanke und der Zweck der ganzen Hypotheken-Ordnung — die Sicherung des Real-Credits — nicht geeignet sein, gegen diese Interpretation ein irgend überwiegendes Bedenken hervorzurufen. Denn wenn es zwar auf der einen Seite allerdings richtig ist, daß der Betrag der durch die abgeschlossenen Dienstcontracte dem Schullehrer zugesicherten Diensteinkünfte in einzelnen Fällen die Summe jener regelmäßigen Minimalsätze nicht unerheblich übersteigen und somit die Ausdehnung des fraglichen Vorzugsrechts auch auf diesen Mehrbetrag möglicher Weise eine Gefährdung der Sicherheit der Intabulate der dritten Rubrik herbeiführen kann, so tritt doch auf der anderen Seite diese etwanige Möglichkeit im Hinblick darauf, wie sich der Natur der Sache nach der Umfang der Dotirung der Landschullehrer im practischen Leben fast ausnahmslos in allen Fällen bisher gestaltet hat und auch pro futuro gestalten wird, durchaus in den Hintergrund. Besteht nämlich der Zweck der fraglichen Schulabgaben darin, den Schullehrern

Digitized by Google

die erforderlichen Mittel zur Bestreitung ihrer Lebensbedürfnisse zu verschaffen, so werden der Natur der Sache nach auch die hierüber abzuschließenden Dienstcontracte bei der Feststellung des Betrags der Emolumente regelmäßig nicht über die Erreichung dieses Zwecks hinausgehen, und wenn in einzelnen Fällen das individuelle Bedürfniß der Schullehrer oder besondere Fürsorge der Gutsherrschaft zu einer, im Verhältniß zu anderen Schullehrerstellen ungewöhnlich reichlichen, Dotation führen sollte, so läßt sich doch wiederum mit Bestimmtheit annehmen, daß auch hier der vertragsmäßig stipulirte höhere Betrag sich nicht über die Grenzen eines billigen Ermessens hinaus in das Gebiet eines unnöthigen Ueberflusses verirren werde. Die Möglichkeit einer etwanigen Gefährdung der intabulirten Gutsgläubiger bleibt daher auch in Bezug auf den Umfang dieser Schulabgaben allemal eine thatsächlich nur sehr entfernte, und ist jedenfalls auch bei anderen, aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtlichen, durch das gleiche Recht der Vorwegbefriedigung bevorzugten, Abgaben und Ansprüchen in demselben, ja in einem viel erheblicheren Maße vorhanden, ohne daß die Gesetzgebung deshalb, in Berücksichtigung jener, der Hypotheken-Ordnung zum Grunde liegenden Ratio legis sich veranlaßt gesehen hätte, den Eintritt dieses Vorzugsrechts von einer Beschränkung in Bezug auf die jährliche Höhe derselben irgend abhängig zu machen. Namentlich trifft dies zu rücksichtlich der im §. 4 sub 1 miterwähnten Parochial-Abgaben, deren Betrag bei den einzelnen Landgütern sehr verschieden, oftmals eine keineswegs nur geringfügige Belastung des Guts mit sich bringt; und ebenso bei den im §. 32 sub 1d bezeichneten, laufenden und rückständigen Lohn- und Deputat-Forderungen der zur Bewirthschaftung des Guts erforderlichen Leute, welche ebenfalls durch privatrechtliche Dienst-Contracte geregelt, rücksichtlich ihrer Höhe

Digitized by Google

das der Regel nach übliche Maß sehr wohl überschreiten und in ihrem zusammengerechneten Gesammtbetrage beim Ausbruch eines Concurses vielfach eine völlig unerwartete Verkürzung der intabulirten Gläubiger herbeiführen können.

Daß die Gesetzgebung bei der Feststellung des im §. 32 sub 1a bestimmten Vorzugsrechts jenen Grundgedanken der ganzen Hypotheken-Ordnung keineswegs aus den Augen verloren, vielmehr denselben unzweifelhaft mit in Berücksichtigung gezogen, ergiebt sich überdem sehr klar aus der im §. 32 sub b getroffenen weiteren Vorschrift, indem hier gerade zur Salvirung des durch jenes Vorzugsrecht möglicher Weise gefährdeten Interesses der intabulirten Gläubiger in Bezug auf die Zeit, für welche die betreffenden Erlegnisse und Abgaben zu entrichten sind, eine solche Beschränkung ausdrücklich angeordnet ist und somit der Schluß wohl berechtigt erscheint, daß das Gesetz zwar in dieser Richtung, keineswegs aber in Bezug auf die Höhe des jährlichen Betrags der betreffenden Abgaben eine derartige Beschränkung für zweckmäßig erachtet hat.

---

## 10.

## Zur Lehre von der Massendistribution.

Si. $1538/_{1866}$.

In einem Debitwesen entstand Streit, ob die durch den Ankauf von Futter für die zur Masse gehörigen Pferde entstandenen Ausgaben der General- oder Specialmasse zur Last zu legen seien, und entschied das O.-A.-Gericht mittels bestätigender Querelentscheidung vom 12. Septbr. 1870 für die letztere Alternative.

Gründe:

Bei einem Debitwesen, in welchem eine Generalmasse und eine Specialmasse vorhanden sind, vertritt der curator bonorum die Gesammtheit aller Gläubiger, und im

Digitized by Google

Laufe des Concursverfahrens steht eine jede dieser Massen der anderen nicht als ein besonderer Vermögenscomplex gegenüber, welcher, insoweit die Interessen beider in vielfache Berührung mit einander gerathen, mit der anderen in das Verhältniß eines selbständigen Contrahenten träte; vielmehr ist die Verwaltung beider eine einheitliche und gemeinsame, was um so mehr nothwendig erscheint, als auch die Generalmassengläubiger bei dem Ausfalle der Specialmasse interessirt sein können, und als meistentheils, wie auch im vorliegenden Falle, die Gläubiger der letzteren ihre Befriedigung aus der ersteren suchen. Erst bei Auflösung des Debitwesens geschieht eine Separation rücksichtlich des Resultats der bisherigen Verwaltung insofern, als die Aufkunft aus den Vermögensobjecten, je nachdem dieselben zu der einen oder zu der anderen Masse gehören, getrennt wird, als die Ausgaben, welche bisher gemacht worden, je nach ihrer Verwendung der einen oder der anderen zur Last gestellt werden, und als wegen dessen, was die eine für die andere hergegeben hat, eine Abrechnung Statt findet. Schon hiedurch ist es begründet, daß das zur Generalmasse gehörige Inventarium eines ländlichen Grundstücks nicht sofort nach Ausbruch des Concurses verfilbert, sondern bis zum Verkaufe des Gutes conservirt und zu dessen Bewirthschaftung, soweit es hiefür erforderlich, weiter verwendet wird. So ist es auch im jetzigen Debitwesen geschehen. Der curator bonorum erklärte, daß die Pferde nicht verkauft werden könnten, sondern wegen der Ackerbestellung zur Stelle bleiben müßten, und der Verkauf ist deshalb unterblieben; auch geht aus den Acten hervor, daß dieselben wirklich zur Ackerbestellung verwandt sind. — So kann es nicht zweifelhaft sein, daß die in Rede stehenden Futterkosten im Interesse der Specialmasse ausgegeben und bei der schließlichen Auseinandersetzung dieser zur Last zu legen sind.

---

Digitized by Google

# II. Privatrecht.

## A. Allgemeine Lehren.

### 11.

**Sind Vereine zu dauernden Zwecken als juristische Personen zu betrachten?** Ga. 524/1866.

Ueber diese Controverse hat sich das O.-A.-Gericht in einem Erkenntnisse vom 2. März 1867 folgender Maßen ausgesprochen:

Die in neuester Zeit oft behandelte Frage, ob die gegenwärtig überall in großer Zahl und Mannigfaltigkeit bestehenden Vereine zu gewerblichen, wissenschaftlichen, geselligen und anderen, an die Persönlichkeit ihrer Begründer und deren Lebensdauer nicht gebundenen Zwecken ohne Weiteres als juristische Personen zu betrachten seien, ist zu verneinen. Wenngleich nämlich, wie Gerber

Deutsches Privatrecht §. 49 not. 6

richtig bemerkt, solche Vereine sich sehr wohl zu Corporationen thunen, mithin durch Privileg dazu gemacht werden können, so giebt es doch keinen Rechtssatz, der ihnen diese Eigenschaft von selbst beilegte. Die entgegenstehende Ansicht beruht auf der Betrachtung, daß eine öffentliche Anerkennung von Seiten der Staatsgewalt nirgends für nöthig gehalten wird, um Privatvereinen, welche erlaubte und harmlose, innerhalb der Privatrechtssphäre liegende Zwecke verfolgen, eine rechtliche Existenz zu

Digitized by Google

sichern, obwohl die Statuten ganz regelmäßig Bestimmungen enthalten, welche von den für die gewöhnlichen Gesellschaften gemeinrechtlich geltenden Regeln wesentlich abweichen und an eine corporative Verfassung erinnern. Dies gilt namentlich auch von den zu den Acten gekommenen „Societätsgesetzen" der „Klubgesellschaft", welche von dem Beklagten als die jetzt für die klagende Verbindung normirenden anerkannt sind. Die charakteristischen Eigenthümlichkeiten dieser Art von Associationen bestehen darin, daß aus festen Jahresbeiträgen der Mitglieder ein Fond zur Bestreitung der gemeinschaftlichen Ausgaben gebildet wird, daß die Theilungsklage ausgeschlossen ist, die Mitglieder vielmehr für den Fall ihres Ausscheidens durch Rücktritt oder Tod für sich und ihre Erben auf ihren Antheil am Gesellschaftsvermögen zu Gunsten der Uebrigen verzichten, während die neu Aufgenommenen eben durch ihre Aufnahme auch in die bestehende Rechtsgemeinschaft eintreten, daß ferner die Einzelnen allen in Vereinsangelegenheiten statutenmäßig gefaßten Beschlüssen von vorn herein sich unterwerfen, daß endlich der Verein nicht unter einem auf die Personen der Mitglieder hinweisenden Collectivnamen, sondern unter einer den Vereinszweck ausdrückenden unpersönlichen Bezeichnung sich constituirt und seine Geschäfte unter dieser Firma durch seine Vorsteher oder andere gewählte Specialmandatare abschließt, also die Form einer unbenannten Gesellschaft annimmt, deren Theilnehmer aus den von ihren Vertretern abgeschlossenen Geschäften nur mit dem Gesellschaftsfonds und innerhalb ihrer durch die Statuten begrenzten Verbindlichkeiten haften. Alle diese auf ausdrücklich oder stillschweigend getroffene Uebereinkunft zurückzuführenden Besonderheiten sind mit dem Begriffe einer societas nicht unverträglich und nöthigen nicht zu der Unterstellung, daß eine juristische Person Subject des für die Vereinszwecke zusammengebrachten Vermögens sei. Die beschränkte Haftung der Einzelnen erklärt sich aus der schon durch die Firma erkennbar ausgedrückten beschränkten Vollmacht

Digitized by Google

der geschäftsführenden Mitglieder, und der Ausschluß der Theilungsklage beruht nicht, wie manche Rechtslehrer annehmen, auf einem das Römische Recht modificirenden neueren Gewohnheitsrechte, sondern auf der ganz unbedenklichen Suppositon, daß die Begründer eines solchen Vereins und alle später Eintretenden dem Vereinszwecke entsprechend darüber einverstanden sein müssen, daß Keiner Theilung begehren könne. Am schwersten fügt sich die Geltung von Mehrheitsbeschlüssen dem Societätsbegriffe.

Windscheid Pandecten §. 58 Not. 3.

In den auf beschränkte Haftung der Theilnehmer gegründeten Erwerbsgesellschaften (Actienvereinen), welche auf die Persönlichkeit ihrer Mitglieder keinen Werth legen, sondern dieselben lediglich als Kapitalisten in Betracht ziehen, behält der Einzelne wenigstens insofern eine Disposition über seinen Antheil, als er denselben veräußern und dadurch der Gesellschaft statt seiner einen anderen Genossen zuführen kann; auch dieses Auskunftsmittel fällt aber fort bei Vereinen, welche, wie der jetzt klagende, auf einen persönlichen Verkehr der Genossen untereinander berechnet sind und daher auch die Aufnahme neuer Mitglieder, wenn nicht von einem einhelligen, so doch von einem durch Stimmenmehrheit gefaßten Beschlusse abhängig machen. Hier findet indessen der gänzliche Verzicht des Einzelnen auf jede selbständige Disposition über seinen ideellen Antheil am Gesammtvermögen darin eine genügende Erklärung, daß die einem solchen Vereine beitretenden Personen überhaupt nicht auf Vermögenserwerb ausgehen und daher ihren Antheil am Societätsfonds lediglich als ein den Vereinszwecken dienendes todtes Capital betrachten müssen.

---



Digitized by Google

## 12.

**Abschluß eines Geschäfts durch einen Stellvertreter.** Mu. 93/1868 Str.

Die Wittwe K. wurde von M. mit der Darlehnsklage besprochen auf Grund eines Schuldscheins, den sie in Gemeinschaft mit ihrem inzwischen verstorbenen Ehemanne unterschrieben hatte. Sie wandte ein, daß ihr Schuldbekenntniß und Zahlungsversprechen auf einer nichtigen Intercession für ihren Ehemann beruhe, der die angeliehene Summe nicht blos zur Hälfte, sondern ganz erhalten und in seinen Nutzen, nämlich zur Tilgung dringender Schulden verwendet habe. Dem jetzt klagenden Gläubiger bezw. dessen Anwalt, durch den das Geldgeschäft vermittelt sei, habe ihr Ehemann ausdrücklich vorher gesagt, daß die Anleihe zu dem Zwecke gemacht werde, seine andrängenden Gläubiger zu befriedigen. Sie, die Beklagte, habe weder Geld noch Deckung erhalten.

Daß diese Einrede rechtlich begründet sei und mithin, da der Kläger die begründenden Thatsachen geleugnet hatte, zum Beweise verstellt werden müsse, war nicht zweifelhaft, dagegen blieb streitig, ob die Beklagte darzuthun habe, daß der Kläger selbst um die angeblichen Zwecke der Anleihe gewußt habe, oder ob auch der Nachweis genüge, daß der Anwalt, welcher für ihn das Darlehen gegeben hatte, damit bekannt gewesen sei. Das O.-A.-Gericht erklärte sich in Uebereinstimmung mit dem zweitinstanzlichen Urtheile durch Bescheid vom 23. Mai 1868 für die zweite Alternative.

Gründe:

Die angefochtene Bestimmung der sententia a qua beruht auf dem, auch vom Kläger im Allgemeinen nicht bestrittenen Satze, daß ein Vertrag, welchen ein Procurator innerhalb seiner Vollmacht im Namen des Auftraggebers schließt, zwar vermöge einer rechtlichen Fiction unmittelbar auf den Letzteren bezogen wird, aber doch immer erst durch den Vertrags-

Digitized by Google

willen des Procurators und dessen Erklärung zu Stande kommt.

cfr. l. 51 pr. §. 1 D. de Aedilitio edicto (21, 1), Buchka, Lehre von der Stellvertretung S. 236, Windscheid Pandecten §. 73 not. 18.

Daher müssen die für die Willensbestimmung relevanten Momente, so weit davon die rechtliche Wirksamkeit der Willenserklärung abhängt, rücksichtlich des auftragsmäßig geschlossenen Geschäfts in der Person des Mandatars vorhanden sein, weil der Vertrag nur dann und nur so zum Abschlusse gelangt, wenn und wie der contrahirende Stellvertreter denselben in Uebereinstimmung mit dem andern Contrahenten gewollt hat. Im vorliegenden Falle enthalten die libellirten Darlehnsverträge für die Beklagte eine sogenannte intercessio tacita, wenn sie die Gelder zu dem hinterher ausgeführten Zwecke, Schulden ihres Ehemannes damit zu bezahlen, aufgenommen und erhalten hat.

ll. 11, 12 D. ad S. C. Vellejanum (16, 1).

Contrahirte sie mit einem zum Abschlusse bevollmächtigten Vertreter des Darlehnsgebers, so kann es nach obigem Satze nur darauf ankommen, daß dieser mit ihr contrahirende Mandatar den erwähnten Verwendungszweck der anzuleihenden Summen gekannt hat, weil, wenn dieser wußte, daß die Beklagte eine (rechtlich unwirksame) Intercession beabsichtige, gleichwohl aber den so gemeinten Vertrag durch zustimmende Erklärung resp. Hingabe des Geldes abschloß, eine rechtsbeständige Darlehnsobligation, aus welcher der Mandant Gläubigerrechte für sich herleiten könnte, gar nicht existent wurde. Woher der Vertreter diese Kenntniß hatte, ist völlig gleichgültig, da er nach der zum Beweise verstellten Behauptung der Beklagten nicht als nuntius lediglich Ueberbringer einer fremden Willenserklärung war, sondern in des Klägers Namen contrahiren, d. h. durch seinen



Digitized by Google

Willen die ihm aufgetragenen Geschäfte zu Stande bringen sollte. Daß der Vertreter die ihm bekannten, für seinen Vertragswillen bedeutungsvollen Thatsachen nur dann zu berücksichtigen hätte, wenn er dieselben aus Anlaß der betreffenden Geschäftsführung erfahren hat, kann hiernach nicht zugegeben werden und wird durch die von dem Kläger in voriger und jetziger Instanz dafür vorgetragenen Argumente nicht bewiesen. Wer aus einem ihm irgendwie bekannt gewordenen Grunde nicht in der Lage ist, ein ihm aufgetragenes Geschäft durch seinen Consens zum bündigen Abschlusse zu bringen, muß eben, um der eigenen Verantwortung zu entgehen, den Auftraggeber hievon in Kenntniß setzen. Findet er sich dazu nicht veranlaßt oder berechtigt, so bleibt ihm übrig, das Mandat abzulehnen oder aufzukündigen.

---

## 13.

### Vereitelte Bedingung. He. $758/_{1862}$.

Der Pächter eines Landgutes, A., hatte mit B. einen s. g. Pachtabstandsvertrag geschlossen des Inhalts, daß B. gegen Zahlung einer bestimmten Abstandssumme statt seiner in den Pachtcontract für dessen ganze Dauer eintreten sollte. Die Giltigkeit dieser Vereinbarung, auch für die Contrahenten unter sich, wurde davon abhängig gemacht, daß es A. gelinge, bis zu einem festgesetzten Tage die Genehmigung des Verpächters zu erwirken. Bald nach Abschluß dieses Geschäfts gewann B. die Ueberzeugung, daß er sich übereilt habe und die Pachtung mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln nicht werde halten können. Er wandte sich daher brieflich an den Verpächter, stellte diesem seine mißliche Lage vor und bat dringend um Versagung des Consenses. Der Verpächter entsprach diesem Gesuche, allein A. trat nunmehr mit einer Interessenforderung gegen B. klagend auf, indem er geltend machte, daß die durch dessen dolosses Verhalten ver-

Digitized by Google

eitelte Bedingung als eingetreten gelten müsse, der Abstandsvertrag mithin für die Contrahenten perfect geworden sei und, da dessen Erfüllung die Zustimmung des Verpächters voraussetzen würde, also nunmehr durch die Schuld des Beklagten unmöglich geworden sei, eine Klage auf das Erfüllungsinteresse begründe. Dieser Rechtsauffassung trat das O.-A.-Gericht trotz der Gegenausführungen des Beklagten bei. Das Erkenntniß vom 2. November 1863, welches in diesem Streitpunkte die Entscheidung des Vorgerichts bestätigt, beruht auf folgenden Erwägungen:

1) Bildet auch der Consens des Verpächters ein wesentliches Erforderniß für den Pachtabstand selbst, d. h. für denjenigen Rechtsact, durch welchen der Abnehmer in Beziehung auf das bestehende Pachtverhältniß nach Recht und Pflicht an die Stelle des bisherigen Pächters gesetzt wird, da dieser Act formell wie materiell die Bedeutung einer Novation hat: so doch nicht in gleicher Weise für die unmittelbare Wirksamkeit des auf Herbeiführung eines solchen Pachtabstandes gerichteten obligatorischen Vertrages. Denn da es an sich vollkommen möglich ist, eine unbeschränkte Verpflichtung zu solchen Leistungen zu übernehmen, welche zu ihrer Ausführung der Zustimmung und Mitwirkung dritter Personen bedürfen, so würde rechtlich überall Nichts entgegenstehen, einen Pachtabstandscontract in dem Sinne gerade abzuschließen, daß der bisherige Pächter, welcher, wie hier in dem Vertrage, sein Pachtrecht cedirt, unbedingt verpflichtet sein soll, den Uebergang des Pachtrechts auf den anderen Contrahenten zu bewirken, indem es ihm überlassen ist, zu sehen, in welcher Weise er die dazu erforderliche Zustimmung seines Verpächters erwirkt. Vgl. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I. S. 12 ff., S. 87 ff. Der Vorbehalt des vorliegenden Contractes, wonach die Perfection des ganzen Geschäftes davon abhängig gemacht ist, daß der Verpächter seinen Consens zur Cession der Pachtung ertheilt, ist daher nicht nur in Beziehung auf die hinsichtlich

Digitized by Google

ihrer Verwirklichung an sich nicht an den Consens des Verpächters gebundenen Nebenbestandtheile, sondern auch in Beziehung auf diesen Hauptbestandtheil des Geschäfts eine wahre und eigentliche Bedingung. Und dies würde sich auch in rechtlicher Hinsicht dadurch nicht ändern, wenn man etwa mit Rücksicht auf die, beiden Contrahenten bekannte Abhängigkeit, worin die practische Ausführbarkeit des Pachtabstandscontractes von der Zustimmung und Mitwirkung des Verpächters steht, geneigt wäre, in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung diese Bedingung als stillschweigend vorausgesetzt zu subintelligiren, wie dieses in unseren Rechtsquellen — vgl. l. 8 pr. D. de contrahenda emtione (18, 1) — auf ähnliche Weise in dem Falle geschieht, da die künftigen Erzeugnisse einer Sache den Gegenstand eines Kaufgeschäftes bilden, wo dieses hinsichtlich seines rechtlichen Zustandekommens als von der wirklichen Entstehung solcher Erzeugnisse abhängig gedacht wird.

2. Tritt nun auch der durch ein solches, ausdrücklich oder stillschweigend bedingtes Geschäft beabsichtigte rechtliche Erfolg erst mit der Erfüllung der fraglichen Bedingung selbst ein, so erzeugt doch auch der bedingte Vertrag nach anderer Seite hin insofern schon eine sofortige Gebundenheit des Willens, als nicht nur keiner der Contrahenten einseitig von demselben zurücktreten kann, sondern auch jeder derselben, sofern nicht etwa nach dem Inhalte und der Natur des fraglichen Vertrages seiner Willkür in dieser Beziehung ein bestimmter Spielraum gewährt worden, gehalten ist, sowohl Alles zu vermeiden, was bei dem Eintritte der Bedingung den beabsichtigten Erfolg des Geschäftes schmälern oder vereiteln könnte, als auch insbesondere, sofern die Bedingung in Beziehung auf ihn als eine zufällige gedacht ist, ihrer Erfüllung selbst nicht entgegenwirken darf — vgl. Windscheid, Pandectenrecht §. 89 —. Thut er dies dennoch absichtlich und geflissentlich, um der für den

Digitized by Google

Fall des Eintritts der Bedingung ihm obliegenden Verpflichtung sich zu entziehen, und führt er dadurch den Nichteintritt der Bedingung herbei, so trifft ihn der Vorwurf des dolus, und würde er daher unter allen Umständen schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wenn man die Klage aus dem bedingten Vertrage selbst wegen des Ausfalles der Bedingung nicht für anwendlich halten sollte, von Seiten des anderen Contrahenten der actio doli ausgesetzt sein, welche in Ermangelung anderweitiger Rechtshülfe wegen jedes durch absichtliche Widerrechtlichkeit zugefügten Schadens zusteht — vgl. ll. 19, 34, 35 D. de dolo malo (4, 3), l. 16 §. 1 D. de praescriptis verbis (19, 5) —. Der Erfolg dieser Klage, vermöge welcher der Beklagte zunächst gehalten ist, den Geschädigten rechtlich und factisch wieder in die Lage zu versetzen, worin dieser sich ohne seinen dolus befunden haben würde, widrigenfalls er demselben zum vollen Ersatze des Interesse verurtheilt wird — vgl. §. 31 I. de actionibus (4, 6) l. 18 pr. §§. 7, 4, De de dolo (4, 3) —, würde aber der sein, daß er dem anderen Contrahenten alles Dasjenige leisten müßte, was er ihm zu leisten hätte, wenn die Bedingung eingetreten wäre. Es ist daher bloß eine Consequenz dieser Grundsätze und eine Abkürzung des zu diesem Ziele hinführenden Weges, wenn unser Recht den Satz aufgestellt und für alle Fälle böslicher Vereitelung einer Bedingung von Seiten des bedingt Belasteten gleichmäßig durchgeführt hat, daß die einem Rechtsgeschäfte beigefügte Bedingung als erfüllt angesehen wird, wenn ihre Erfüllung unredlicher Weise durch Denjenigen gehindert ist, der ein Interesse an ihrer Nichterfüllung hat — l. 161 D. de regulis juris (50, 17), l. 50 D. de contrahenda emtione (18, 1), l. 85 §. 7 D. de verborum obligationibus (45, 1), l. 24, l. 81 §. 1 D. de conditionibus (35, 1), l. 38 D. de statu liberis (40, 7) u. a. m., — und ebenso in denjenigen Fällen, wo die Existenz des Vertragsobjectes selbst, wie bei dem Verkaufe der

Digitized by Google

künftigen Erzeugnisse einer Sache, die stillschweigende Bedingung für das Zustandekommen des Vertrages war, nach Ausweis der l. 8 pr. D. de contrahenda emtione (18, 1), die Contractsklage sofort auf das Interesse des vereitelten Vertrages selbst giebt. Wie aber das Recht selbst auf diese Weise die in der böslichen Vereitelung der Bedingung liegende Verletzung der dem bedingt Belasteten aus dem bedingten Rechtsgeschäfte selbst unmittelbar obliegenden Verpflichtung straft, so steht natürlich den Contrahenten ihrerseits auch Nichts im Wege, die durch den bedingten Vertrag selbst unmittelbar erzeugte Gebundenheit des Willens noch dadurch zu bestärken, daß für den Fall derartiger Pflichtwidrigkeiten die Erlegung einer Conventionalstrafe bedungen und verheißen wird.

3. In der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall unterliegt es nun zuvörderst, wenn man den Inhalt des Pachtabstandscontractes in's Auge faßt, nicht dem mindesten Zweifel, daß dessen vollkommene Verbindlichkeit für den Beklagten lediglich und allein von der Bedingung abhängig gemacht war, daß der Verpächter bis zum 1. Novbr. 1859 seinen Consens zu dem beabsichtigten Pachtabstande ertheilte, und daß in Beziehung auf den Beklagten diese Bedingung den Character einer rein zufälligen Bedingung hatte, da er seinerseits zu dem Verpächter bis dahin in keinerlei Verhältnissen stand, welche ihn hätten veranlassen können und müssen, in dieser Hinsicht thätig zu werden, es vielmehr an sich Sache des Pächters war, den für die verheißene Uebertragung des Pachtverhältnisses erforderlichen Consens seines Verpächters zu erwirken, und auch durch den Contract selbst dem Beklagten keinerlei Verpflichtungen auferlegt sind, seinerseits nach dieser Seite hin thätig zu werden, vielmehr umgekehrt es ausdrücklich dem abtretenden Pächter zur Pflicht gemacht war, die nöthigen Schritte zur Erwirkung des verpächterischen Consenses zu thun. Der Beklagte seinerseits hatte daher den Er-

Digitized by Google

folg dieser Schritte ruhig abzuwarten, und wenn er auch in dem Falle, da der Verpächter, um sich über die Ertheilung des von dem Pächter erbetenen Consenses zu entscheiden, von ihm unmittelbar Aufschluß über bestimmte, seine persönlichen Verhältnisse betreffende Punkte verlangt hätte, berechtigt gewesen wäre, solchen der Wahrheit gemäß zu geben, obwohl er voraussehen konnte, daß dadurch dem Verpächter Bedenken wegen der Ertheilung des Consenses entstehen konnten: so war er doch in keiner Weise berechtigt und noch weniger verpflichtet, dem Verpächter die Bedenken, welche ihm selbst wegen der Rathsamkeit und Vortheilhaftigkeit des eingegangenen Handels nach dessen Abschlusse aufgestiegen waren, unaufgefordert zu dem Ende vorzutragen, um auf eine Versagung des von Seiten des anderen Contrahenten zu erbittenden oder erbetenen Consenses hinzuwirken und so von den Nachtheilen los zu kommen, welche er von dem Abschlusse des Vertrages für sich befürchtete. Denn so wenig ihn diese Befürchtungen berechtigten, von seinem Contrahenten eine Entbindung von den vielleicht übereilt übernommenen Verbindlichkeiten zu verlangen, ebensowenig konnten sie ihm ein Recht geben, das, was er direct nicht zu erreichen vermochte, auf Umwegen zu erreichen. Indem er, durch solche Befürchtungen getrieben, wissentlich und geflissentlich die Erfüllung der contractlichen Bedingung des verpächterischen Consenses zu hintertreiben und dadurch den Contract selbst zu vereiteln suchte, machte er sich daher einer böslichen Verletzung der aus demselben wider den anderen Contrahenten ihm obliegenden Verpflichtungen schuldig, und würde deshalb, wenn die erfolgte Versagung des verpächterischen Consenses wirklich als Folge jenes seines Thuns anzusehen sein sollte, unter allen Umständen von diesem mit der Contractsklage, wie sonst mit der actio doli, auf Ersatz des durch die Vereitelung des Contracts ihm verursachten Schadens belangt werden können.

Digitized by Google

4. Daß die eingetretene Versagung des verpächterischen Consenses aber wirklich ursächlich durch die von dem Beklagten zu diesem Ende unternommenen Schritte hervorgerufen ist, muß in der That gleichfalls rechtlich als erwiesen angesehen werden. Daß die an den Verpächter und dessen Bruder gerichteten Briefe diesen Erfolg herbeizuführen beabsichtigten, hat Beklagter überall nicht geleugnet und kann auch gegenüber der am Schlusse derselben enthaltenen flehentlichen Bitte um Versagung des zur Ausführung des Pachtabstandscontractes nothwendigen verpächterischen Consenses von ihm überall nicht bestritten werden. Ebenso steht es fest, daß die Versagung des Consenses in dem Schreiben des Verpächters mit ausdrücklicher Bezugnahme auf den Inhalt jener beiden Briefe des Beklagten erklärt ist. Dagegen erscheint es als gleichgültig, daß nicht sowohl das Mitleid mit der schwierigen und bedenklichen Lage, worin der Beklagte seiner Angabe nach durch den übereilten Abschluß des Pachtabstandscontractes versetzt sein wollte, als das Motiv der Versagung des Consenses angegeben ist, obwohl der Beklagte diese zunächst angerufen hatte, sondern das Mißfallen an dem Verhalten des Beklagten und die Rücksicht auf das eigene, danach ihm nicht gehörig gesichert erscheinende Interesse des Verpächters. Denn darüber konnte der Beklagte bei Abfassung jener Briefe sich überall nicht wohl täuschen, daß, wenn er den fraglichen Pachtabstandscontract als für sich selbst im höchsten Grade mißlich und bedenklich darstellte und dabei noch insbesondere hervorhob, daß er aller Wahrscheinlichkeit nach nicht einmal zur eigenen Bewirthschaftung der Pachtung im Stande sein würde, zugleich aber auch durch den Inhalt seines Schreibens, indem er hinter dem Rücken seines Contrahenten das Zustandekommen des bis auf den verpächterischen Consens perfect abgeschlossenen Vertrages zu hintertreiben suchte, sich als einen jedenfalls höchst unzuverlässigen Contrahenten hinstellte, dem Verpächter die gewichtigsten Be-

Digitized by Google

denken entstehen mußten, sich überall mit ihm einzulassen, da Niemandem mit einem Pächter gedient sein kann, von dem zu befürchten steht, daß er den Contract nicht einzuhalten vermag. Die Erregung solcher Bedenken lag also jedenfalls nicht außer der Absicht des Beklagten, und da nun vorliegt, daß durch sie gerade der Verpächter zur Versagung des Consenses bestimmt worden, auch nicht zu bezweifeln ist, daß jeder verständige Mann in ähnlicher Lage ebenso gehandelt haben würde, Beklagter endlich einen anderen, hievon unabhängigen Grund, welcher diesen Erfolg herbeigeführt, überall nicht wahrscheinlich zu machen vermocht hat, so ist die erhobene Klage, insofern sie Ersatz des Schadens fordert, welchen der Beklagte durch die von ihm böslicher Weise herbeigeführte Vereitelung der betreffenden contractlichen Bedingung und damit des Contractes selbst den Klägern verursacht hat, nicht nur vollkommen begründet, sondern auch in Beziehung auf diese ihre Begründung keines weiteren Beweises mehr bedürftig.

---

Dieselben Grundsätze kamen später in einem andern Rechtsfalle zur Anwendung. Ma. 97/1869 Str.

Der Käufer eines in S. belegenen Hauses hatte sogleich beim Handelsabschlusse einen Theil des vereinbarten Preises erlegt, daneben aber bedungen, daß das Geschäft nur dann als perfect gelte, wenn er von der competenten Behörde die Aufnahme und das Niederlassungsrecht in S. erlange. Er bewarb sich denn auch um seine Aufnahme in den Gemeindeverband, unterließ aber den von ihm geforderten Nachweis, daß er ein Vermögen des angegebenen Betrages besitze, zu führen, obwohl er dazu im Stande gewesen wäre, und erhielt deshalb abschlägigen Bescheid. Er betrachtete nunmehr die Bedingung als ausgefallen und verklagte den Verkäufer auf Rückgabe der bereits geleisteten Anzahlung. Der Beklagte wandte ein, daß die durch Schuld des Klägers vereitelte Bedingung als eingetreten zu be-

Digitized by Google

trachten sei, und forderte widerklagend, indem er sich seinerseits zur Erfüllung des Vertrages bereit erklärte, Zahlung des Kaufgeldrestes.

Durch Bescheid vom 25. Mai 1869 bestätigte das O.-A.-Gericht das zweitinstanzliche Erkenntniß, welches dem Antrage des Beklagten und Widerklägers ganz entsprochen hatte.

Aus den Entscheidungsgründen, welche mit einer Wiederholung dessen beginnen, was zu dem erwähnten älteren Rechtsfalle bereits gesagt war, ist Folgendes bemerkenswerth:

> Die nächste Frage in Anwendung dieses Grundsatzes auf den hier vorliegenden Fall ist daher die, ob nach der Fassung und dem Inhalte des am 22. October 1867 unter den streitenden Theilen abgeschlossenen Kaufcontractes und der für die Perfection desselben im §. 6 aufgestellten Bedingung anzunehmen ist, daß das Zustandekommen dieses Vertrages nach der Absicht der Contrahenten noch in solcher Weise von der Willkür des Käufers, des jetzigen Klägers und Widerbeklagten, abhängig sein sollte, daß es rein von seinem Belieben abhing, ob er sich bei der competenten Behörde um die Gewährung der Aufnahme und des Niederlassungsrechtes in S. bemühen wollte oder nicht. Dies behauptet indessen der Kläger selbst nicht einmal, und ist diese Frage auch entschieden zu verneinen. Vielmehr entspricht der vorliegende Fall wesentlich genau demjenigen, welcher in der l. 50 D. (18, 1) entschieden ist, da Jemand eine Bibliothek unter der Bedingung gekauft hatte, daß ihm die städtische Behörde einen geeigneten Platz zur Aufstellung derselben verkaufen würde, und wie in diesem Falle dem Käufer angesonnen ist, daß er seinerseits allen Ernstes sich um die Erlangung dieses Platzes zu bemühen hatte, so muß es auch im vorliegenden Falle als der Intention des geschlossenen Vertrages entsprechend betrachtet werden, daß der Käufer nicht bloß um die Gestattung der Aufnahme und des Niederlassungsrechts

Digitized by Google

bei der competenten Behörde einzukommen, sondern weiter auch allen denjenigen Anforderungen nachzukommen hatte, welche in Fällen dieser Art von den betreffenden Behörden für die Gewährung solcher Gesuche gestellt zu werden pflegen.

In dieser Beziehung mußte aber der Kläger und Widerbeklagte von vornherein darauf gefaßt sein und ist er auch nach dem Inhalte der Acten darauf gefaßt gewesen, daß von ihm ein bestimmter Vermögensnachweis werde gefordert werden. Auch ist von ihm nach Ausweis des amtlichen Bescheides vom 6. Decbr. 1867 Nichts weiter verlangt, als daß er den von ihm selbst früher der Behörde gegenüber angegebenen Betrag seines Vermögens nachweise, worin entschieden keine unbillige Belästigung lag. Nach seinen eigenen Angaben und nach Ausweis der Anlage 4 hat er sich aber in dieser Beziehung damit begnügt, dem Amte eine Bescheinigung des Advokaten G. in N. vorzulegen, des wesentlichen Inhalts, daß er ein Vermögen von 4000 Thlr. besitze und die darüber lautenden Werthpapiere sich im Besitze des Advocaten G. befänden, und will er nun, als ihm hierauf sogleich und wiederholt respondirt worden, daß diese Bescheinigung als Vermögensnachweis nicht für genügend erachtet werden könne, ohne seine Schuld nicht im Stande gewesen sein, einen besseren Vermögensnachweis zu erbringen. Diese Behauptung und die zu deren Unterstützung angeführten Thatsachen sind indeß von der sententia a qua mit Recht als unbeachtlich und nicht glaublich verworfen worden.

Hatte er nämlich wirklich, wie er in seiner Replik angibt und noch festhält, von der Gutsherrschaft über A. resp. deren Vertreter die Einwilligung zu dem Verkaufe seiner Erbpachthufe zu L. und zur Fortsetzung seines Aufenthalts daselbst nur unter der Bedingung erlangt, daß er derselben eine zinstragende Caution von 3000 Thlr. bestelle, welche

Digitized by Google

ihm erst dann restituirt werden sollte, wenn er zuvor die Gestattung der Aufnahme und den Erwerb des Niederlassungsrechtes an einem anderen Orte nachweise und zu dem Behufe die betreffenden Werthpapiere bei dem Anwalte der Gutsherrschaft, seinem jetzigen Sachwalte, nach deren Anweisung deponirt, so ist es zuvörderst kaum zu glauben, daß er sich über diese Deposition nicht einen, den Inhalt und die Beschaffenheit der betreffenden Papiere wie die Bedingungen der Deposition selbst genau angebenden Empfangsschein sollte haben ausstellen lassen. Sollte er aber auch in der That die Maßregeln der gewöhnlichsten Vorsicht in dieser Beziehung verabsäumt haben, so würde es ihm doch sicher ein Leichtes gewesen sein, eine solche Bescheinigung nachträglich zu erlangen, da gar nicht anzunehmen ist, daß die Gutsherrschaft oder deren Anwalt, aller Ueblichkeit des Geschäftsverkehrs zuwider, dem Rechte wie der Billigkeit zum Hohn, die Erfüllung dieses Verlangens verweigert haben sollten, zumal die Gutsherrschaft selbst ein Interesse dabei hatte, ihm die Gewinnung einer anderweitigen Niederlassung zu erleichtern. Durch einen solchen Depositenschein, durch dessen Ausstellung sich die Aussteller zur eventuellen Rückgabe der hinterlegten Papiere an ihn schuldig bekannten, würde er aber den Nachweis des entsprechenden Vermögensbesitzes allerdings in weit bündigerer Weise geliefert haben, als durch die von ihm beigebrachte, selbst als Beweisdocument werthlose Bescheinigung des Advocaten G., deren Inhalt oben angegeben ist, und über deren Unerheblichkeit er so wenig als dieser selbst sich täuschen konnte.

Ferner hätte es aber auch, als diese Bescheinigung vom Amte als zu dem gedachten Zwecke nicht genügend zurückgewiesen war, ihm jedenfalls nahe gelegen, von dieser Behörde selbst Auskunft darüber zu erbitten, welcher Art der von ihr geforderte Nachweis sein müsse, und würde ihm, wenn

Digitized by Google

er die jetzt behauptete eigenthümliche Sachlage derselben offen dargelegt hätte, deren Rath und Beistand kaum gefehlt haben. Er hat aber nicht einmal behauptet, daß er in dieser Richtung irgend welche Schritte gethan habe.

Unter diesen Umständen und da sich für ihn außerdem auch noch manche andere Auskunftsmittel darboten, den geforderten Nachweis eines bestimmten Activvermögens, worauf allein es zunächst ankam, zu erbringen oder dessen Erbringung wenigstens zu versuchen, deren keines er aber versucht hat, ist von der sententia a qua mit Recht angenommen, daß es ihm überall nicht weiter ernstlich darum zu thun gewesen ist, die zur Perfection des von ihm abgeschlossenen Kaufcontracts erforderliche Bewilligung der Niederlassung in S. zu erlangen, er die fragliche Bedingung vielmehr absichtlich vereitelt hat und deshalb in seinem Verhältnisse zu dem Beklagten und widerklagenden Verkäufer es so anzusehen sei, als sei diese Bedingung wirklich in Erfüllung gegangen und der betreffende Contract demnach zur Perfection gelangt: denn steht einmal die Thatsache fest, daß sein Verhalten unter allen Umständen den Ausfall der fraglichen Bedingung herbeiführen mußte, so kann darauf, ob dieselbe auch bei einem entgegengesetzten Verhalten möglicher Weise nicht eingetreten wäre, in rechtlicher Hinsicht nichts weiter ankommen, zumal diese Eventualität sich jetzt aller sicheren Beurtheilung entzieht.

---

Digitized by Google

# B. Sachenrecht.

## 14.

## Zur Lehre von der actio negatoria.

Da. 384/1869.

Der Kläger beschwerte sich darüber, daß Jauche, welche von dem Abtritte des Beklagten herrühre, durch die zwischen beiden Höfen belegene Scheidemauer nach dem klägerischen Hofe dringe und dort einen lästigen Geruch verbreite, sowie ferner, daß durch eine vom Hofe des Beklagten nach dem des Klägers führende Wasserrinne nicht blos Wasser, sondern zu Zeiten auch Dungjauche auf den klägerischen Hof geführt werde. — Der Beklagte bestritt beide Behauptungen und wandte eventuell ein, die Belästigungen seien nicht so erheblich, daß darin schon eine Verletzung des klägerischen Eigenthums gefunden werden könne, das behauptete Durchsickern habe, wenn es stattfinde, nicht in der fehlerhaften Beschaffenheit der vom Beklagten gemachten Anlage, sondern in zufälligen Umständen, für welche Beklagter nicht verantwortlich sei, namentlich in der durch Ratten verursachten Durchlöcherung des beklagtischen Hofes seinen Grund, und sei es Sache des Klägers, sich dagegen durch entsprechende Vorrichtungen zu schützen. Die durch die Wasserrinnen dem klägerischen Hofe zeitweise zugeführte Jauche rühre nicht von dem Hofe des Beklagten, sondern von den benachbarten höher belegenen Höfen her.

Das erste Erkenntniß verwarf die Einwendungen des Beklagten und legte dem Kläger den Beweis der oben angegebenen Behauptungen auf. Das zweite änderte die Beweisauflage, welche es im Uebrigen bestätigte, nur dahin, daß Dungjauche, welche von dem Hofe des Beklagten aus und auf demselben sich ansammele, durch die fragliche Wasserrinne dem klägerischen Hofe zugeführt werde, berücksichtigte also den letztgedachten Einwand

Digitized by Google

des Beklagten, und wurde diese von beiden Theilen angefochtene Entscheidung vom O.-A.-Gerichte mittels Decrets vom 24. Januar 1870 bestätigt.

Denn rücksichtlich der Beschwerden des Beklagten sind sowohl das Durchsickern der von dessen Abtritten herrührenden Jauche durch die auf der Grenze befindliche Mauer, in Betreff deren nach den vom Kläger in voriger Instanz gegebenen Erläuterungen kein Zweifel sein kann, welche Mauer gemeint ist, als auch das Ueberfließen von Jauche nach dem klägerischen Hofe durch den dahin führenden Wasserlauf unbedenklich als Belästigungen zu betrachten, welche Kläger, wenn dem Grundstücke des Beklagten keine entsprechende Servitut zusteht, nicht zu dulden braucht. Ebenso genügt, da das Recht des Klägers durch das Eindringen resp. Ueberfließen der Jauche verletzt wird, der Beweis dieser Thatsachen, und braucht Kläger nicht noch daneben zu beweisen, daß jenes Eindringen resp. Ueberfließen in einer positiven Handlung des Beklagten oder in einer Mangelhaftigkeit der zur Verhinderung desselben getroffenen Vorkehrungen seinen Grund habe. Vielmehr genügt zum Thatbestande einer das Recht des Klägers verletzenden Immission, daß Jauche, welche auf dem Gebiete des Beklagten erzeugt wird, in das Grundstück des Klägers eindringt.

Auf der anderen Seite besteht aber, was die Beschwerde des Klägers betrifft, für den Besitzer eines Grundstücks keine unbedingte Verpflichtung, seinen Nachbar gegen die Nachtheile zu schützen, welche für diesen aus den Handlungen dritter Personen entspringen, und wenn, wie hier, ein Wasserlauf besteht, der das Regenwasser von den Höfen der oberen Grundstücke über den Hof des Beklagten auf den des Klägers führt und dieser von den oberen Nachbaren in rechtswidriger Weise benutzt wird, um auch Jauche auf diesem Wege abzuführen, so sind sie als die Immittenten zu betrachten, nicht aber der Beklagte. Der Umstand, daß der Wasserlauf über den Hof des Beklagten führt,



Digitized by Google

genügt nicht, um den Letzteren für die Handlungen der oberen Nachbaren verantwortlich zu machen, und dem Kläger steht daher nicht das Recht zu, vom Beklagten zu fordern, daß er die Immittenten daran verhindere; vielmehr muß Jenem überlassen bleiben, gegen diese selbst mit der behufigen Klage hervorzugehen.

---

## 15.

## Vorbehalt des Eigenthums an einem Waarenlager. Va. 530/1869.

In dem Debitwesen des Kaufmanns V. vindicirte der Schwiegervater desselben das Waarenlager. Er habe, wie er auch nachwies, dasselbe von der Wittwe J. gekauft und seinem Schwiegersohne nur zu dem Zwecke übergeben, daß dieser den Einkauf und Verkauf der Waaren besorge, dabei auch ausdrücklich ausgemacht, daß dasselbe stets sein Eigenthum bleibe und sein Schwiegersohn ihm durch jährliche Inventur den Nachweis gebe, daß dasselbe mindestens seinen ursprünglichen Werth habe, und bezog sich rücksichtlich der später von seinem Schwiegersohne eingekauften Waaren auf die Bestimmungen über Vindication und Verpfändung eines Waarenlagers.

Die Vindication ward angebrachtermaßen abgewiesen und dies durch Decret vom 16. Februar 1869 bestätigt.

Denn daß Appellant der Inhaber des Handelsgeschäftes und der Cridar nur sein institor gewesen, nimmt er selbst entschieden in Abrede; er will nur der Eigenthümer des von der Wittwe J. gekauften Waarenlagers geblieben sein und leitet daraus auch das Eigenthum an den später vom Cridar angekauften und dem Waarenlager einverleibten Waaren ab, indem er davon ausgeht, daß ein Waarenlager gleich einer Heerde als universitas rerum vindicirt werden kann. Aus dem Satze, daß eine universitas rerum vindicirt werden kann, folgt indeß nur, daß der Vindicant in einem solchen Falle nicht den Eigenthumserwerb jedes ein-

Digitized by Google

zelnen Stückes zu behaupten und nachzuweisen braucht, sondern mit dem Nachweise ausreicht, daß er das Eigenthum, beziehungsweise die bonae fidei possessio dieser universitas erworben hat. Es folgt daraus aber keineswegs, daß auch diejenigen Sachen Dritter, welche dieser universitas einverleibt werden, Eigenthum Dessen werden, dem die universitas gehört, vielmehr ergiebt sich gerade aus den von der Vindication einer Heerde handelnden Stellen — l. 1 §. 3, l. 2, l. 3 pr., l. 23 §. 5 D. de rei vindicatione (6, 1) —, daß in einer Heerde auch fremde Thiere sich befinden können, der Eigenthümer der Heerde also damit noch nicht Eigenthümer aller einzelnen Thiere ist. — Nimmt man nun auch an, daß ein Waarenlager, ebenso wie eine Heerde, als Ganzes vindicirt werden kann, obgleich es sich nicht, wie diese, durch Nachzucht ergänzt, so hat Vindicant im vorliegenden Falle doch das fragliche Waarenlager schon vor einer Reihe von Jahren dem Cridar in der Weise überlassen, daß dieser die Befugniß erhielt, die darin befindlichen Waaren für seine Rechnung zu verkaufen; und wenn er sich dabei auch das Eigenthum des Waarenlagers vorbehielt, so konnte diese Reservation zwar in Bezug auf die derzeit in demselben befindlichen Waaren wirksam werden, so daß diese, bis sie verkauft würden, sein Eigenthum blieben, ihm aber nicht das Eigenthum der von dem Cridar später angekauften Waaren verschaffen, weil die für Verpfändung eines Waarenlagers geltenden Regeln auf den Eigenthumserwerb nicht anwendlich sind. Zur Begründung eines Pfandrechts genügt ein desfallsiger Vertrag mit dem Eigenthümer, und wenn der Eigenthümer eines Waarenlagers dasselbe verpfändet, so werden dadurch auch die später von ihm erworbenen Sachen, welche er dem Waarenlager einverleibt, dem Pfandrechte unterworfen, weil der betreffende Pfandvertrag in diesem Sinne zu verstehen ist. Das Eigenthum wird aber nicht durch bloßen Vertrag, sondern durch Tradition und die darin liegende Besitzergreifung erworben, und wenn er demnach durch den Ankauf des Waarenlagers der



Digitized by Google

Wittwe J. auch Eigenthümer der damals in demselben befindlichen Waaren geworden und geblieben sein mag, so wurden und blieben doch die später vom Cridar angekauften Waaren dessen Eigenthum, so weit sie dem Vindicanten nicht besonders tradirt wurden. — Wenn es daher auch bei der Uebergabe des J.'schen Waarenlagers an den Cridar die Absicht der Contrahenten gewesen sein sollte, daß Vindicant Eigenthümer des Waarenlagers bleiben und das Eigenthum der vom Cridar später demselben einverleibten Waaren erhalten sollte, so würde ein solcher, mit den gesetzlichen Bestimmungen über den Eigenthumserwerb in Widerspruch stehender Vertrag doch wirkungslos, vielmehr das Eigenthum des Waarenlagers, als solchen, jenes Vorbehalts ungeachtet, auf den Cridar, der die Befugniß erhielt, über die einzelnen Waaren als Eigenthümer zu disponiren, übergegangen sein. Daß die von demselben später angekauften Waaren dem Vindicanten tradirt seien, hat er nicht behauptet, auch nicht näher angegeben, welche der in dem jetzt verkauften Waarenlager befindlichen Waaren noch aus der Besitzzeit der Wittwe J. herstammen und daher in Folge des oben erwähnten Ankaufs sein Eigenthum geworden sind.

---

## 16.

## Eintragungen auf den eigenen Namen des Grundeigenthümers. Za. $130/_{1869}$.

Die Verordnung vom 21. März 1859 gestattet den Eigenthümern städtischer Grundstücke, für sich selbst und auf ihren eigenen Namen eintragen, auch bereits eingetragene Posten sich cediren und sodann auf ihren Namen umschreiben zu lassen. Solche Eintragungen und Umschreibungen äußern ihre volle rechtliche Wirkung, sobald entweder das belastete Grundstück auf einen andern Eigenthümer übergeht oder das Intabulat einem Dritten übertragen wird. Da nun nach §. 45 der Stadtbuch-

Digitized by Google

Ordnung vom 21. Decbr. 1857 die durch das Stadtbuch gesicherten Rechte von Edictalladungen mit Ausnahme der gesetzlich zulässigen Mortificationsproclame nicht ergriffen werden, so entsteht die Frage, ob in dem Concurse der Gläubiger eines Grundeigenthümers diejenigen Forderungen, welche noch auf den eignen Namen des Gemeinschuldners im Buche stehen, von ihm jedoch in rechtsbeständiger Weise cedirt worden sind, von den Cessionaren zur Vermeidung der Präclusion angemeldet werden müssen. Das O.-A.-G. bejaht diese Frage.

Denn wenn auch die durch die Eintragung gesicherten Rechte von Edictalladungen — abgesehen von einem Mortificationsproclam — nicht ergriffen werden, und der Cessionar solcher Rechte, auf den die Forderung noch nicht umgeschrieben ist, dadurch allein, daß er die Cession in Folge des Proclams nicht anzeigt, seinen Anspruch nicht verliert, so steht dies doch, ungeachtet die Fassung der Verordnung vom 21. März 1859 Bedenken erregen mag, anders hinsichtlich eines auf den eigenen Namen des Schuldners zu Stadtbuch verzeichneten, von Letzterem cedirten, auf den Cessionar jedoch nicht umgeschriebenen Postens. So, wie dieser zu Stadtbuch geschrieben ist, fehlt ihm nach der Verordnung vom 21. März 1859 noch die volle rechtliche Wirksamkeit. Letztere entsteht zwar durch die Uebertragung an einen Dritten; aber diese zum Bestande des Intabulats im Concurse des Schuldners wesentliche Thatsache erhellt nicht aus dem Stadtbuche, und so liegt kein durch Eintragung gesichertes Recht vor. Der Cessionar eines solchen Postens hat daher seine Rechte auf das Concursproclam anzumelden, damit es zur Location des Intabulats kommen kann, indem dasselbe sonst als eine nicht zur Existenz gekommene Schuld im Prioritäts-Erkenntnisse zurückgewiesen wird.

Bescheid vom 5. Mai 1869.

---

Digitized by Google

## 17.

## Wirksamkeit der Eintragungen auf eigenen Namen nach der Stadtbuchordnung vom 21. December 1857. Bo. $1222/_{1870}$.

Der Maurermeister B. hatte mit H. einen Societätsvertrag wegen gemeinschaftlichen Betriebes einer Kalkbrennerei abgeschlossen, und es sollte nach diesem Vertrage das Miteigenthum eines dem B. gehörigen Grundstücks gegen Erstattung der Hälfte des Kaufpreises und der auf das Grundstück bereits verwandten Kosten dem H. übertragen werden. — Vor der Verlassung des Miteigenthums auf H. hatte B. jedoch noch 3000 Thlr. auf eigenen Namen in das Grundstück eintragen lassen, und diese Forderungen an Dritte zur Sicherheit für Anleihen, welche diese ihm gemacht, cedirt. — Nicht lange darauf brach über das Vermögen des B. Concurs aus, und es entstand nun zwischen seinen Gläubigern und dem H. ein Streit darüber, wie diese zu Stadtbuch noch auf den Namen des B. lautenden Forderungen zu beurtheilen seien. H. wollte deren Rechtsbestand nur insoweit anerkennen, als aus den erwähnten Cessionen dritte Personen Rechte darauf erworben hätten, während die B.'schen Creditoren der Ansicht waren, daß die fraglichen Eintragungen durch die Verlassung des Miteigenthumes an H. volle rechtliche Wirksamkeit erlangt hätten, und daher den durch die Forderungen der Cessionarien nicht absorbirten Rest der Intabulate für die Concursmasse in Anspruch nahmen.

Die beiden ersten Erkenntnisse verwarfen den Anspruch der Creditoren, das zweite namentlich aus dem Grunde, weil die Forderungen schon vor der Verlassung durch Cession auf dritte Personen übergegangen seien und daher der Cridar weder zur Zeit der Verlassung noch der Concurseröffnung ein Recht an den Forderungen, sondern nur einen persönlichen Anspruch an die Cessionarien auf Herausgabe des etwanigen Ueberschusses gehabt habe. Das O.-A.-Gericht reformirte jedoch durch Erkenntniß

Digitized by Google

vom 9. Mai 1870 zu Gunsten der Creditoren aus folgenden Gründen:

Es handelt sich allerdings, wie bereits in der sententia a qua hervorgehoben, lediglich um die Frage, ob die auf den Namen des Cridars in das Grundstück Nr. 390 A. eingetragenen Forderungen, so weit deren Betrag nicht zur Befriedigung der Cessionarien zu verwenden ist, nach Maßgabe der Verordnungen vom 21. März 1859 und 13. März 1869 in rechtliche Wirksamkeit getreten und demgemäß als Forderungen, welche dem Cridar, modo dessen Creditoren, an dem fraglichen Grundstücke zustehen, von dem zwischen der Concursmasse und dem H. zu theilenden Erlöse vorabzuziehen sind.

Wenn nun die sententia a qua die bezüglichen Ansprüche der Creditoren aus dem Grunde verwirft, weil jene Forderungen vom Cridar cedirt waren, diesem also weder zur Zeit der Verlassung des Miteigenthums auf H., noch der Concurseröffnung zustanden, so kann dies für richtig nicht geachtet werden. — Allerdings waren die fraglichen Forderungen den betreffenden Cessionarien nicht pro quantitate debiti, sondern ihrem ganzen Umfange nach in securitatem cedirt. Wie man aber auch das Wesen und die Bedeutung einer solchen cessio in securitatem auffassen mag, allemal waren die Cessionarien verpflichtet, den Ueberschuß an den Cedenten zurückzugeben, und keinen Falls ging durch die cessio in securitatem der den Betrag ihrer ursprünglichen Forderung übersteigende Rest des Intabulats unter. — Es mußten daher entweder die Cessionarien ohne Rücksicht auf den Betrag ihrer ursprünglichen Forderung auf die volle Summe der ihnen cedirten Intabulate und mit der Verpflichtung, den Ueberschuß an die Concursmasse herauszugeben, in der Specialmasse locirt, oder, wenn sie hier nur mit ihrer ursprünglichen Forderung locirt wurden, der da-

Digitized by Google

durch nicht absorbirte Rest der Intabulata den B.'schen Creditoren zugesprochen werden, weil das verpfändete Grundstück jedenfalls für den vollen Betrag des Intabulats verhaftet blieb und die Vertheilung des Betrags zwischen den Cessionarien und dem Cedenten modo dessen Creditoren eine den Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht interessirende Frage ist.

Im Uebrigen kann es nach dem Inhalt der eben erwähnten Verordnungen keinem Zweifel unterliegen, daß die auf den Namen des Cridars gemachten Eintragungen durch die Verlassung des Miteigenthums auf H. wenigstens hinsichtlich des ideellen Antheils des Letzteren ihre volle rechtliche Wirksamkeit erlangt haben. So weit durch die Intabulate der ideelle Antheil des Cridars belastet war, mag es nach der Verordnung vom 13. März 1869 fraglich bleiben, ob die Forderungen zur Specialmasse oder zur Generalmasse gehören; diese Frage interessirt jedoch im vorliegenden Falle nicht. So weit jene Forderungen dagegen auf dem ideellen Antheile des H. ruhten, bilden sie unzweifelhaft eine zur Generalmasse gehörige Forderung des Cridars.

Freilich ist aus den vorliegenden Acten nicht ersichtlich, ob der Cridar die fraglichen Forderungen mit Wissen und Zustimmung des H. oder ohne dessen Wissen hat eintragen lassen, sowie ob er im letzteren Falle durch solche Eintragung nicht seine durch §. 2 des Societätsvertrages begründeten contractlichen Verpflichtungen verletzt hat; und es würden, wenn letzteres der Fall war, durch den Umstand, daß die Eintragungen auf den Namen des Cridars durch Verlassung des Miteigenthums auf H. ihre volle rechtliche Wirksamkeit erlangten, die aus dem Inhalte des Societätsvertrages zu entnehmenden Einwendungen des Letzteren gegen deren Rechtsbestand nicht ausgeschlossen und dieselben auch den B.'schen Creditoren gegenüber wirksam geblieben sein. —

Digitized by Google

Derartige Einwendungen, welche H., wenn auch noch nicht in seiner Liquidation, doch jedenfalls, nachdem der Actor communis den durch die Forderungen der Cessionarien nicht absorbirten Rest der Intabulata für die Concursmasse in Anspruch genommen hatte, in seiner Replik hätte vorschützen müssen, sind aber von ihm überall nicht vorgebracht, vielmehr hat er die bezüglichen Ansprüche lediglich aus dem irrigen Gesichtspunkte, daß die Intabulata keine volle rechtliche Wirksamkeit erlangt hätten, bestritten.

---

## 18.

**Beweis des Umfangs der im Stadtbuche verzeichneten Grundstücke.** Oo. 123/1869.

Der Vorbesitzer des Klägers hatte auf seinem, an das der Beklagten grenzenden Grundstücke ein Wohnhaus erbaut, und die Beklagte sodann auf dem ihrigen ebenfalls ein solches und zwar in der Weise errichtet, daß sie die nach ihrer Seite belegene Wand des klägerischen Hauses zugleich als Wand ihres Hauses benutzte. Der Kläger, welcher demnächst das erstgedachte Haus erworben hatte, wollte dies nicht dulden und verlangte mit der actio negatoria, daß die Beklagte diese Benutzung unterlasse und durch Setzen einer eigenen Wand beseitige. Die Beklagte bestritt, daß die fragliche Wand in ihrem ganzen Umfange dem Kläger zugehöre, nahm vielmehr ein Miteigenthum an derselben in Anspruch. Die Wand stehe zur Hälfte auf ihrem Grund und Boden, sei in Folge einer von ihr mit dem Vorbesitzer des Klägers geschlossenen Vereinbarung von diesem auf beiderseitige Kosten so, wie geschehen, erbaut, und sollte gemeinschaftliche Wand beider Häuser sein. Sie gehöre demnach beiden Theilen nach Maßgabe des Grundes und Bodens, worauf sie stehe. Der Kläger erwiderte, daß er von einer solchen Vereinbarung nichts wisse, dieselbe, da das Stadtbuch nichts darüber enthalte, ihn

Digitized by Google

auch nicht binde. Sein Vorbesitzer habe das Haus erbaut und bilde die Wand einen integrirenden Theil desselben. Er habe nicht die Grundfläche, sondern das Haus gekauft, nicht jene, sondern dieses sei auf ihn verlassen, und nach dem Stadtbuche gehöre dieses Haus mit seinen Wänden ihm. Wäre die Wand wirklich zum Theil auf dem Grund und Boden der Beklagten angelegt, so habe sie dadurch das Eigenthum an derselben verloren.

Die vorigen Erkenntnisse forderten jedoch von dem Kläger den Beweis, daß der Grund und Boden, auf welchem die fragliche Wand stehe, zu seinem Grundstück gehöre, und ward dies durch Erkenntniß des O.-A.-Gerichts vom 26. Febr. 1870 aus nachstehenden Gründen bestätigt:

1. Nach §. 1 der revidirten Stadtbuchordnung vom 21. Decbr. 1857 hat das Stadtbuch die Bestimmung, den Erwerb, Bestand und Wechsel der dinglichen Rechte an den städtischen Grundstücken zu vermitteln. — Die Verlassung eines Grundstücks bewirkt daher auch nur, daß das in dem betreffenden Folium des Stadtbuchs verzeichnete Grundstück Eigenthum des Erwerbers wird, und bildet in dieser Beziehung vollständigen Beweis. Ueber den Umfang dieses in dem Stadtbuche auf einem besonderen Folium verzeichneten Grundstücks giebt das Stadtbuch regelmäßig keine Auskunft, und es muß daher, wenn die Grenze zwischen zweien benachbarten, auf den Namen verschiedener Eigenthümer stehenden Grundstücken streitig ist, diese anderweitig ermittelt werden.

Es ist ferner der gemeinrechtliche Grundsatz: superficies cedit solo in §. 18 Nr. 2 der revidirten Stadtbuchordnung auf das Unzweideutigste bestätigt worden; und wenn daher der Eigenthümer eines städtischen Grundstücks beim Bau eines Hauses die Grenzen überschreitet, so erwirbt er dadurch nicht das Eigenthum des von ihm bebaueten Theiles des benachbarten Grundstücks, vielmehr hat ein solches Ueber-

Digitized by Google

schreiten umgekehrt die Folge, daß der auf dem benachbarten Grundstücke aufgeführte Theil seines Hauses Eigenthum Desjenigen wird, dem der Grund und Boden gehört. — Hieran wird auch durch eine weitere Verlassung jenes Grundstücks auf einen Dritten nichts geändert. Denn die bei der Verkündigung geschehene Benennung des Verlassungsobjects als Wohnhaus dient nur zur näheren Bezeichnung desselben, hat aber nicht die Bedeutung, daß damit das ganze Haus ohne Rücksicht auf die Frage, ob etwa ein Theil desselben auf dem benachbarten Grundstücke steht, für Eigenthum des Verlassenden und Gegenstand der Verlassung erklärt wird; und Derjenige, auf den das Haus verlassen wird, erwirbt daher das Eigenthum desselben nur in dem Umfange, in welchem es dem aus dem Stadtbuche erhellenden bisherigen Eigenthümer zustand.

2. Der vorliegende Streit ist demnach seiner ganzen Natur nach als ein Grenzstreit anzusehen und die Entscheidung desselben mit Recht von der Frage abhängig gemacht worden, ob die fragliche Wand vollständig auf dem klägerischen Grundstücke oder theilweise auf dem der Beklagten steht. Es kann daher nur noch in Frage kommen, welchen der beiden Theile die Beweislast trifft. In dieser Beziehung ist nun streitlos, daß der Vorbesitzer des Klägers die Wand gebaut hat und diese dem äußeren Anscheine nach sich als Wand seines Hauses darstellt. Stände demnach die Sache so, daß Beklagte jetzt ihr Haus erbauen und dabei die fragliche Mauer als Wand ihres Hauses benutzen wollte, so würde der Kläger durch seinen Besitz gegen die Beweislast geschützt und der Beklagten der Beweis ihrer Behauptung aufzuerlegen sein. Unbestrittenermaßen hat aber Beklagte ihr Haus bereits zu einer Zeit erbaut, wo das Haus des Klägers sich noch im Eigenthume seines Vorgängers befand, dabei die fragliche Mauer als Wand ihres Hauses benutzt

Digitized by Google

und der derzeitige Eigenthümer des klägerischen Hauses dies geduldet. — Sie hat das nach ihrer Behauptung nicht auf Grund einer ihr eingeräumten persönlichen Berechtigung oder Servitut, sondern auf Grund des von ihr in Anspruch genommenen Miteigenthums an der fraglichen Wand gethan; und ist daher unter diesen Umständen als Mitbesitzerin derselben zu betrachten, da sie dieselbe auf Grund des von ihr behaupteten Miteigenthums soweit benutzt, als dies ihren Zwecken entspricht, und es hiebei nicht weiter darauf ankommen kann, in welchem Umfange dies geschieht und insbesondere die Wände ihres Hauses mit derselben verbunden sind.

---

## 19.

### Zur Auslegung des §. 7 der Domanialhypotheken-Ordnung vom 2. Januar 1854. Ba. $1258/_{1871}$.

Der Schmied B. zu P. hatte von der Wittwe B. deren Büdnerei gekauft, auch sofort eine baare Anzahlung geleistet und die Intabulate übernommen. Bei der Verlassung des Grundstücks hatte die Verkäuferin die vorschriftsmäßige Erklärung über etwa rückständige Kaufgelder vor der Amtshypothekenbehörde dahin abgegeben, daß sie nichts mehr zu fordern habe und über den Empfang des Kaufpreises hiermit quittire. Gleichwohl belangte sie den Käufer später auf einen Restbetrag von 150 Thlr. und behauptete, als der Beklagte sich auf jene Erklärung berief, sie habe dieselbe nur in dem Sinne gegeben, daß sie keine Eintragung des Rückstandes begehre, da sie durch die Person des Käufers gesichert sei. Erhalten habe sie den eingeklagten Betrag bisher nicht. Der Beklagte bestritt dies mit der Behauptung, er habe die 150 Thlr. schon vor der Verlassung im Auftrage der Klägerin an den Agenten H. bezahlt, jedenfalls habe die Klägerin von

Digitized by Google

dieſer für ſie geleiſteten Zahlung zur Zeit der Verlaſſung bereits Kenntniß gehabt.

Das O.-A.-Gericht beſtätigte durch Beſcheid vom 11. Mai 1871 ein zweitinſtanzliches Erkenntniß, welches der Klägerin zu beweiſen gab,

entweder, daß Beklagter die fragliche Zahlung an H. nicht geleiſtet,

oder, daß ſie dazu weder Auftrag ertheilt, noch zur Zeit der Verlaſſung von der durch den Beklagten für ſie geleiſteten Zahlung Kunde gehabt habe.

Gründe:

Die Beſtimmung im §. 7 der Domanial-Hypotheken-Ordnung vom 2. Januar 1854, wonach bei der Verlaſſung eine beſtimmte und vollſtändige Erklärung der Betheiligten darüber vorliegen muß, ob und welche Kaufgelder oder dem ähnliche für den Uebergang des Grundſtücks feſtgeſetzte Leiſtungen zu entrichten ſind, und ſolche Belaſtungen, wenn nicht eine entgegenſtehende Erklärung der Berechtigten vorliegt, vor allen neuen Eintragungen in die betreffende Abtheilung einzutragen ſind, ſoll offenſichtlich nicht dazu dienen, den Willen der Betheiligten zu conſtatiren, das betreffende Grundſtück zu verlaſſen und beziehungsweiſe zu erwerben und auf dieſe Weiſe den Act der Verlaſſung gegen ſpätere Anfechtung zu ſichern, ſondern hat gerade den Zweck, im Intereſſe der Betheiligten die Anſprüche und Verbindlichkeiten derſelben aus dem der Verlaſſung zum Grunde liegenden Rechtsgeſchäfte zu ordnen und ſicher zu ſtellen. — Mag dieſe Beſtimmung nun auch vorzugsweiſe im Intereſſe des Veräußerers getroffen ſein, ſo iſt dies doch keineswegs ausſchließlich der Fall. Jedenfalls fordert das Geſetz vor der Verlaſſung eine beſtimmte und vollſtändige Erklärung der Betheiligten, und dieſe kann daher nicht als ein außergerichtliches Geſtändniß behandelt werden, bei dem

Digitized by Google

das Vorhandensein des animus contitendi erst aus den Umständen entnommen werden muß, sondern ist, zumal wenn, wie hier von der Klägerin geschehen, ausdrücklich quittirt und diese Erklärung vom Beklagten acceptirt worden, als eine vor der competenten öffentlichen Behörde zum Zwecke der gesetzlich vorgeschriebenen Feststellung des Rechtsverhältnisses ertheilte Quittung rücksichtlich ihrer Beweiskraft einem schriftlichen Empfangsbekenntnisse gleich zu beurtheilen. — Demgemäß mußte der Klägerin der Beweis aufgelegt werden, daß sie das Geld nicht empfangen habe, und ist es in dieser Beziehung der Sachlage entsprechend, wenn dieser dahin gerichtet ist, daß entweder der Beklagte nicht die fragliche Zahlung geleistet oder sie zu derselben keinen Auftrag gegeben habe. Wenn dabei zu der zweiten Alternative noch hinzugefügt ist, daß sie von derselben vor ihrer Erklärung zur Registratur des Amtes Crivitz vom 17. Februar v. J. keine Kenntniß gehabt, so ist dies ebenfalls als richtig anzusehen. Denn falls sie damals wußte, daß Beklagter für sie an den Agenten H. 150 Thlr. als Kaufgeldrest gezahlt hatte, so lag in ihrer quittirenden Erklärung eine Ratihabition, und entspricht diese Beweisauflage auch insofern ihren eigenen Angaben, als sie damals von jener Zahlung noch keine Kenntniß gehabt und erst später, als sie davon erfuhr, ihre Genehmigung verweigert haben will.

---

## 20.

**Priorität des Lohnes eines Zieglergesellen nach der Domanial-Hypothekenordnung vom 2. Januar 1854.** Hi. 900/1870.

Nach der im Wesentlichen übereinstimmenden Vorschrift in §. 32 der revidirten Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. October 1848 und §. 28 der Domanial-Hypothekenordnung

Digitized by Google

vom 2. Januar 1854 geht den Hypothekenbuchgläubigern im Concurse u. A. vor „das (laufende und bis zu dem näher angegebenen Zeitpunkte rückständige) Lohn und Deputat aller zur Bewirthschaftung des Grundstücks gehaltenen (des Guts erforderlichen) Leute".

Ob diese Bestimmung auch auf die Lohnforderungen von Zieglergesellen anzuwenden sei, ward mehrfach bestritten. Auf der einen Seite ward geltend gemacht, daß dies nur ein dem Landbau gewährtes Privilegium, also nur auf die Leute anzuwenden sei, welche zur Bewirthschaftung des Grundstücks (Guts), also zum Ackerbau, zur Viehzucht und Forstwirthschaft, nicht aber auch auf diejenigen, welche zum Betriebe sonstiger Gewerbe gehalten werden. Auf der anderen Seite wird dagegen hervorgehoben, daß unter Bewirthschaftung des Grundstücks (Guts) der gesammte auf Gewinnung und Bearbeitung von Gutsproducten gerichtete Betrieb zu verstehen sei.

Das O.-A.-Gericht entschied sich in dem die vorige Entscheidung bestätigenden Erkenntnisse vom 26. Septbr. 1870 aus nachstehenden Gründen für die zweite Ansicht.

> Es fehlt an einem Grunde, die Bestimmung des §. 28 Nr. 3 der Domanial-Hypothekenordnung vom 2. Januar 1854 auf den Lohn und das Deputat derjenigen Leute zu beschränken, welche ausschließlich für die Feldwirthschaft eines ländlichen Grundstücks gehalten werden. Die „Bewirthschaftung" eines solchen besteht nicht bloß in dem Betriebe der Ackerwirthschaft und der Viehzucht, sondern hat zum Inhalt und Zweck die Gewinnung der Gutsproducte, wie sie aus hiesigen ländlichen Grundstücken erzielt werden. Dahin gehört auch die auf dem Gute befindliche Ziegelerde; dieselbe erhält aber ihre Bedeutung und ihren Werth als Gutsproduct nicht schon dadurch, daß sie dem Boden entnommen ist, sondern erst durch ihre Bereitung zu Ziegeln ꝛc., da sie, von seltenen gegenwärtig nicht zutreffenden Fällen

Digitized by Google

abgesehen, nicht schon im rohen Zustande, vielmehr erst nach solcher Bereitung einen Verkaufswerth hat und so für das Grundstück nutzbar wird. Es muß deshalb zur Bewirthschaftung des letzteren auch der Betrieb einer auf demselben befindlichen Ziegelei gerechnet werden, und es kann in dieser Beziehung keinen Unterschied machen, daß solcher besondere technische Kenntnisse und Fertigkeit erfordert, welche den gewöhnlichen Arbeitern der Regel nach nicht beiwohnen. Demgemäß unterscheidet denn auch die citirte Gesetzesbestimmung nicht zwischen verschiedenen Arten der Gewinnung von Gutsproducten, sondern gewährt einen Anspruch an die Specialmasse für den Lohn und das Deputat „aller" zur Bewirthschaftung des Grundstücks gehaltenen Leute. Es kann deshalb derselbe dem Appellaten nicht abgesprochen werden, da aus Dem, was aus den Acten über seine Stellung zu dem Besitzer erhellt, nur angenommen werden kann, daß er zu den auf dem Erbpachtgute gehaltenen Leuten gehört.

---

## 21.

## Zum Artikel 7 Theil III. Tit. XII. des Rostocker Stadtrechts.*) Su. $1622/_{1869}$.

Die in der Stadt Rostock belegenen Wohnhäuser der Parteien sind unter einem Dache aneinander gebauet und haben an der Innenseite eine Zwischenwand von geringer Stärke. Der Beklagte hatte nun schon einem Vorbesitzer des Klägers eine sog.

*) Würde auch befunden, daß eine gemeine Brand-Mauer zwischen zween Nachbahrn nothwendig müßte gebauet werden, will der eine bauen, der andere aber nicht, so ist derjenige, der sich verweigert, seiner Mauren-Gerechtigkeit verlustig, so ferne er es ihm durch zweene besessene Bürger ein Jahr zuvor ankündigen lassen, und der ander mag die Mauer wiederum aufführen und zu seinem Besten allein gebrauchen; würde er aber in Jahr und Tag seinem Nachbahrn die halben Kosten wiederum erstatten, so hat er wiederum in seine alte Gerechtigkeit zu treten. Die gemeine Gelinde aber oder Scheidel-Mauren seynd beyde Nachbahrn, so oft es die Noth erfordert, zugleich aufzubauen schuldig.

Digitized by Google

„Bauankündigung" gemacht des Inhalts, daß er im nächsten Jahre einen Durchbau seines Hauses vorzunehmen gedenke von solchem Umfange, daß die Zwischenwand, welche schon für die jetzige Einrichtung der beiden Gebäude zu schwach sei, ganz niedergerissen und viel stärker wieder aufgeführt werden müsse. Der Kläger war beim Ankauf des benachbarten Hauses durch den Verkäufer hiervon in Kenntniß gesetzt und erklärte, da er selbst gleichfalls bauen wollte, dem Beklagten sein Einverständniß. Dieser hatte aber inzwischen seinen Bauplan aufgegeben und verlangte nunmehr, daß auch der Kläger die Wand in ihrem bisherigen Zustande lasse. Obwohl dieselbe, wie sich bei der unter Zuziehung Sachverständiger sofort vorgenommenen gerichtlichen Ocularinspection ergab, keineswegs baufällig war, hielt Kläger sich doch zu dem Gesuch berechtigt, daß Beklagter verurtheilt werde, ihm den Abbruch und den Neubau der fraglichen Mauer zu gestatten, indem er ausführte, daß dieselbe offenbar eine gemeinsame im Sinne des Stadtrechts Art. 7 III. 12 sei, daß die gegnerische Bauankündigung ihm das durch Widerruf nicht mehr zu beseitigende Recht des Mitbauens verschafft habe, und daß die Mauer in der That auch für die von beiden Seiten beabsichtigten Bauten zu schwach sei, da sie schon jetzt eine zu große Last zu tragen habe.

Nach verhandelter Sache wurde diese Klage in erster Instanz rein und sodann auf Appellation des Klägers angebrachter Maßen abgewiesen. Auf weitere Berufung beider Theile bestätigte das O.-A.-Gericht das zweite Erkenntniß durch Bescheid vom 25. Januar 1869.

Gründe:

Was zunächst die Hauptbeschwerde des Beklagten betrifft, so können seine in voriger und jetziger Instanz vorgetragenen Rechtsausführungen eine reine Abweisung der Klage nicht motiviren. Allerdings hat der Kläger seine Behauptung, daß die streitige Scheidewand, welche die beider-



Digitized by Google

seitigen Häuser im Innern von einander trennt, in die Kategorie der „gemeinschaftlichen Mauern“ gehöre, replicirend dahin erläutert, daß er sich auf eine im Bereiche des Lübischen Rechts geltende Präsumtion beruft, wonach gemeinschaftliche, also nicht etwa dem einen Nachbarn ganz gehörende, Mauern zu jedem der beiden Nachbargrundstücke bis zur Hälfte der Dicke gerechnet werden, dergestalt, daß die supponirte Grenzlinie der Länge nach mitten durch die Mauer geht und diese in zwei gleiche Theile zerlegt.

Mevius, Commentar ad art. 4 III., 12 §. 11, 12,
Stein, Abhandlungen III. §. 237,
Wilmowsky, Lübisches Recht in Pommern S. 54.

Daraus ergiebt sich denn freilich, daß nach des Klägers eigener Auffassung die fragliche Wand, als integrirender Bestandtheil der beiden Gebäude, nicht eine selbständige res communis ist, sondern

argum. §. 29 I. de rerum divisione (2, 1),
l. 7 §. 10, §. 13 in fin., l. 8 D. de acquirendo rerum dominio (41, 1),
l. 19 pr. D. communi dividundo (10, 3),
l. 83 D. pro socio (17, 2) —

bis zur Grenzlinie im ausschließlichen Eigenthume jedes Nachbaren steht; allein daraus würde zunächst nur folgen, daß Jeder von Beiden über den Antheil, welcher für ihn pars aedium ist, frei verfügen dürfe zu seinen baulichen Zwecken, wenn er nur die Grenzlinie innehält und des Nachbarn Antheil weder beschädigt noch gefährdet. Dieser Grundsatz ist in Anwendung auf einseitiges Höherbauen durch das hiesige Stadtrecht Art. 6 III. 12 nach dem Vorgange des Lübischen ausdrücklich anerkannt. Dagegen gestaltet sich das Rechtsverhältniß anders, wenn und so oft eine solche Mauer als ein selbständiges Vermögensobject in Betracht kommt, wie dies namentlich der Fall ist, wenn ein eingetretenes Refectionsbedürfniß eine Reparatur oder einen

Digitized by Google

Neubau nöthig macht. Alsdann handelt es sich um eine, wegen der ohne Zerstörung der Substanz unlösbaren Cohärenz des verwendeten Materials reell untheilbare Sache, also um einen paries communis im eigentlichen Sinne des Worts.

Es ist unrichtig, daß Rüte

Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern §. 10,

auch für diese Fälle jedem Nachbarn das ausschließliche Eigenthum an dem zu seinem Grundstücke gehörenden Mauerantheil zuschreibt, jede Rechtsgemeinschaft zurückweis't und deshalb Demjenigen, der die Refection der baufällig gewordenen Mauer einseitig und ohne Auftrag vorgenommen hat, nur die negotiorum gestorum actio zur Wiedererlangung eines entsprechenden Antheils der Baukosten giebt, dagegen die communi dividundo actio versagt. Danach würde der andere Interessent durch einfachen Widerspruch bewirken können, daß eine dringend nothwendige Reparatur ganz unterbleiben müßte oder wenigstens ihn Nichts kostete. Dieses Resultat ist nicht blos unbefriedigend, sondern rechtlich unhaltbar, da eine auf der Grenze, im Interesse und für die Zwecke beider Nachbaren errichtete Mauer als solche eben ein paries communis ist, dessen erweislich nothwendige Reparatur jeder Theilhaber auf gemeinschaftliche Kosten zu begehren und ausführen berechtigt ist.

l. 12 D. communi dividundo (10, 3),
Rüte a. a. O. §. 3 Nr. 6, 7, §. 8 Nr. 3.

Wenn also auch der Kläger selbst davon ausgeht, daß die Grundfläche, auf welcher die fragliche Wand ruht, jedem Grundstücke zur Hälfte angehört, mithin nicht im Miteigenthume der Parteien steht und gleichsam neutraler Boden ist, so verliert die Klage doch darum noch nicht ihr rechtliches Fundament, so daß deren reine Abweisung erfolgen müßte;



Digitized by Google

dieſelbe iſt aber aus zutreffenden Gründen wegen mangelhafter thatſächlicher Subſtanziirung angebrachtermaßen abgewieſen worden. Von den beiden relevanten Klagethatſachen bedurfte zwar die in dem bisher erörterten Sinne behauptete Gemeinſchaftlichkeit der Wand keiner weiteren Begründung, insbeſondere keiner Angabe eines Erwerbsgrundes, da hier lediglich die Feſtſtellung der Grenze eines Grundſtücks, deſſen Eigenthum dem Kläger nicht beſtritten wird, in Frage kommt; aber das Refectionsbedürfniß mußte genauer dargelegt werden. Die nackte Behauptung, daß die Zwiſchenwand nicht ſtark genug ſei, die darauf ruhenden Laſten zu tragen, kann zu einer Beweisauflage nicht führen, weil bereits eine gerichtliche Augenſcheinseinnahme ſtattgefunden hat, bei welcher der zugezogene Sachverſtändige an der, gerade zu dieſem Zwecke unterſuchten Wand Nichts gefunden hat, was auf die Nothwendigkeit einer Reparatur oder eines Neubaues hinwieſe, und demnach nicht angenommen werden kann, daß die Baumängel, welche der Kläger ſonſt an ſeinem Hauſe wahrgenommen haben will, durch die angeblich ungenügende Stärke der Zwiſchenwand bedingt würden und ohne deren Refection nicht zu heben wären. Die hier in der Klagebegründung hervortretende Lücke wird dadurch nicht gedeckt, daß Beklagter früher ſelbſt erklärt hat, die Zwiſchenwand ſei ſchon für die jetzige Einrichtung beider Häuſer zu ſchwach. Dieſe Erklärung findet ſich in einer zu den Acten, betreffend das Debitweſen des derzeitigen Eigenthümers des klägeriſchen Hauſes, übergebenen Anzeige des Beklagten vom März 1867, des Inhalts, daß er im nächſten Frühjahre eine durchgreifende bauliche Veränderung in ſeinem Hauſe vornehmen werde, wobei er die Zwiſchenwand abzubrechen und in weſentlich verſtärktem Maße wieder aufzuführen gedenke. Die eingeſchaltete Bemerkung, daß die Wand ohnehin, abgeſehen von dem ange-

Digitized by Google

zeigten Bauplane, zu schwach sei, kann als Anerkennung der Nothwendigkeit einer sofortigen Verstärkung nicht gedeutet werden und hat überhaupt nicht die rechtliche Bedeutung eines bündigen Geständnisses, da sie in diesem Sinne nicht gemacht wurde, sondern nur dazu dienen sollte, den intendirten Bau als ein im Interesse beider Häuser liegendes Unternehmen zu motiviren. Auf Art. 7 III. 12 des hiesigen Stadtrechts hat der Beklagte bei dieser Gelegenheit sich nicht ausdrücklich berufen. Wenn man aber auch annimmt, daß er eine Bauankündigung in Gemäßheit dieser statutarischen Bestimmung und zu den daran geknüpften Rechtsfolgen habe ergehen lassen wollen, so wird dadurch für den libellirten Anspruch des Klägers, daß ihm nunmehr der Abbruch der jetzt vorhandenen und die Errichtung einer neuen stärkeren Zwischenmauer gestattet werde, kein selbständiges Fundament gewonnen. Eine solche Bauankündigung ist ein wesentlich einseitiger Act, dessen Wirksamkeit lediglich davon abhängt, daß die betreffende „gemeine Brandmauer" ‚nothwendig gebaut werden muß', d. h. daß dieselbe zur Erhaltung des bisherigen Zustandes der beiden Gebäude, also nicht zum Zwecke einer beabsichtigten Veränderung, einer Ausbesserung oder Erneuerung bedarf. Hierüber herrscht, wie es auch dem klaren Wortlaute des Gesetzes gegenüber nicht anders sein kann, volles Einverständniß unter den Auslegern des Lübischen Rechtes.

Mevius, a. O. ad art. 5 III. 12.
Stein, a. a. O. §. 239 f.,
Wilmowski, a. a. O. §. 22.

Die den übrigen Inhalt der Stelle betreffenden Controversen haben auf die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsfalles keinen Einfluß, da die eigenthümlichen Wirkungen der Bauankündigung hier nicht zur Geltung kommen. Soviel ist gewiß, daß diese Wirkungen erst eintreten, nachdem der

Digitized by Google

Bau von Dem, der denselben als nothwendig angekündigt hatte, gegen den Willen, mindestens ohne die erklärte Zustimmung des anderen Interessenten ausgeführt worden ist. Daß der Ankündigende bauen müsse, sagt das Stadtrecht nicht; nach allgemeinen Grundsätzen läßt sich aber eine solche Verbindlichkeit aus einer einseitigen Willenserklärung, die eben nur die Bedeutung einer Anzeige hat, durchaus nicht ableiten. Dieselbe ist daher völlig ungeeignet, dem anderen Nachbarn ohne Weiteres einen Anspruch auf Ausführung des angezeigten Bauprojectes zu verschaffen. Ist er einverstanden, so kann er sich gegen eine etwanige Willensänderung seines Genossen nur durch den Abschluß eines Vertrages sichern und einseitig nicht anders vorgehen, als wenn er auch seinerseits eine Gegenanzeige erläßt und deren Voraussetzungen im Streitfalle selbständig darlegt.

---

## 22.

## Zur Lehre von den Grunddienstbarkeiten.

Ki. 1307/1868.

Die Parteien sind Nutzeigenthümer aneinander grenzender Büdnereien der Domanialortschaft D. Auf dem Hofe des Beklagten befindet sich unfern der Grenze eine undichte Dunggrube, neben welcher der Kläger auf seinem Grundstücke (1857) ein Flügelgebäude errichtet hatte, dessen Seitenwand bis an die Grenzlinie reichte und in dessen Keller nun die schmutzige Jauche eindrang. Er klagte auf Abstellung dieses Uebelstandes, indem er forderte, daß Beklagter die Grube verlege. Zwar habe er in einem 1856 mit dem Vorbesitzer des Beklagten, dem Schneider R., abgeschlossenen Vergleiche für sich und seine Nachfolger im Besitze erklärt, daß er gegen die Lage der Grube nichts einzuwenden habe, allein diese Erklärung sei nur dem an-

Digitized by Google

dern Contrahenten persönlich gegeben, daher ohne dingliche Wirkung, auch in das Hypothekenbuch nicht eingetragen. Ueberdies betreffe jener Vergleich nur die Lage, nicht die schlechte Beschaffenheit der Grube, und es werde demnach mindestens das eventuelle Verlangen gerechtfertigt sein, daß Beklagter dieselbe so herrichte, wie es nach einem beigebrachten Erachten erforderlich sein würde, um das Durchsickern der Jauche zu verhindern. Der Beklagte widersprach beiden Klagbitten: er brauche die Grube weder wegzunehmen noch wasserdicht zu machen. Die Anlage habe bei Errichtung des gegnerischen Flügelgebäudes längst bestanden. Dieselbe sei damals an der Grenzlinie der beiderseitigen Grundstücke mit einem auf Steinen ruhenden Geländer bewehrt gewesen, dessen Abbruch der Schneider R. dem Kläger noch auf Ersuchen, wiewohl nicht ohne auf die bedenkliche Nähe der Grube aufmerksam zu machen, gestattet habe, damit das Fundament des Neubaues hart an die Grenze gesetzt werden könne. Nach Beendigung des Baues habe der Kläger die ihm zugewandte Seite der Grube mit R's Erlaubniß ausgemauert. Der Beklagte forderte nun sogar widerklagend, daß diese auf seinem Grund und Boden errichtete Mauer wieder entfernt werde und erhob zugleich noch eine andere mit dem Hauptstreitgegenstande nicht zusammenhängende Widerklage. Zwischen den Häusern der Parteien befand sich nämlich eine von der Straße nach den Hinterhöfen führende, bisher von beiden benutzte Durchfahrt, welche auf Grund eines am 29. Jan. 1856 geschlossenen Vertrages so angelegt war, daß jeder einen Theil des erforderlichen Terrains dazu hergegeben hatte. Diesen mit seinem Vorbesitzer geschlossenen Vertrag wollte der Widerkläger als für ihn verbindlich nicht anerkennen und beanspruchte deshalb, daß dem Widerbeklagten die fernere Mitbenutzung verboten werde.

In Uebereinstimmung mit den voraufgegangenen Entscheidungen erster und zweiter Instanz wies das O.-A.-Gericht durch

Digitized by Google

Erkenntniß vom 19. October 1868 die Klage ab, erklärte aber zugleich beide Widerklagen für unhaltbar.

Gründe:

1. Die von dem Kläger auf Grund seines Nutzeigenthums an der Büdnerei Nr. 37 zu D. erhobene actio negatoria utilis ist als solche unzweifelhaft begründet und liquide. Sie stützt sich auf die streitlose Thatsache, daß die Mistjauche, welche in der auf dem Hofe der benachbarten Büdnerei des Beklagten unfern der Grenze befindlichen Dunggrube sich sammelt, in das Grundstück des Klägers, namentlich seit derselbe hart an der Grenze ein Flügelgebäude errichtet hat, in dessen Keller eindringt. Die Immission von Flüssigkeiten, welche der Beklagte dadurch bewirkt, daß er die undichte Grube zur Ablagerung von Dünger benutzt, enthält

cfr. l. 8 §. 5. Dig. si servit. (8, 5.)

einen mit der Negatorienklage abzuweisenden Eingriff in das nachbarliche Eigenthum. Die Ansicht des ersten Richters, daß die l. 17. §. 2 eodem in einem Falle der vorliegenden Art den beeinträchtigten Eigenthümer auf die actio confessoria hinweise, also von ihm die Behauptung und Darlegung des Erwerbes einer negativen Servitut verlange, ist bereits in den Entscheidungsgründen zum vorigen Urtheile überzeugend widerlegt worden. Auf die incorrecte, erst in der Rechtfertigungsschrift voriger Instanz emendirte Fassung der Klagbitte ist kein entscheidendes Gewicht zu legen, da es von vorn herein nicht zweifelhaft sein konnte, daß die Intention des Klägers lediglich auf Beseitigung der Jauchenimmission gerichtet war, und sein Verlangen, daß Beklagter entweder die Dunggrube verlege oder völlig wasserdicht herstellen lasse, nur die zur Hebung der libellirten Rechtsverletzung anzuwendenden Mittel angeben sollte, während Kläger in der That nichts weiter, als das negative Resultat erreichen wollte, daß

Digitized by Google

die vorhandene Dunggrube in ihrer jetzigen Beschaffenheit nicht länger als solche benutzt werde.

2. Der Beklagte leitet sein Recht auf diese Benutzung, also den Anspruch, daß Kläger die damit verbundene Eigenthumsbeschränkung dulde, aus der schriftlichen Vereinbarung her, welche die derzeitigen Besitzer der beiden Büdnereien, nämlich der Kläger selbst und der Schneidermeister R. am 8. Februar 1856 geschlossen haben. Hier ist zunächst hervorgehoben, daß die fragliche Dunggrube eigentlich niemals Gegenstand eines Streites werden könne, weil sie ganz auf dem Gebiete R's. liege und demselben in ihrer jetzigen Beschaffenheit bereits von seinem Besitzvorgänger überliefert sei. An diese Bemerkung schließt sich sodann die zur Vermeidung möglicher Differenzen vom Kläger für sich und seine Nachfolger im Besitze abgegebene „bindende" Erklärung, daß er gegen die Lage der Grube nichts einzuwenden habe. Beide Contrahenten gingen hiernach zwar von der Rechtsansicht aus, daß die Grube in ihrer damaligen Beschaffenheit dem Besitzer der klägerischen Büdnerei gegenüber unanfechtbar zu Recht bestehe, indessen um völlig sicher zu sein, ließ R. sich noch besonders eine bindende d. h. von der Richtigkeit jener Rechtsansicht unabhängige Zusage machen, welche dem ganzen Zusammenhange nach nur so gemeint sein konnte, daß damit für immer jeder Zweifel gegen den Rechtsbestand des fraglichen opus abgeschnitten sein sollte. Es handelte sich um eine bereits vorhandene, einem dauernden Zwecke gewidmete, nicht blos den persönlichen Interessen und Bedürfnissen des derzeitigen Besitzers dienende Anlage und es ist daher unbedenklich anzunehmen, daß jene Erklärung des Klägers nicht als eine dem andern Contrahenten persönlich gewährte Concession, sondern zu dem Effecte einer vollen dinglichen Wirkung gegeben und angenommen sei. Unbestritten ist nun aber die Grube von jeher undicht gewesen. Zwar

Digitized by Google

war nach der Behauptung des Klägers die seiner Büdnerei zugekehrte Grubenwand zur Zeit der Abschließung des in Rede stehenden Abkommens mit einer erst später in Folge der Errichtung seines Flügelgebäudes eingestürzten Schutzmauer versehen gewesen, allein er bestreitet nicht, und muß ohnehin in Gemäßheit der von ihm beigebrachten Expertise anerkennen, daß diese Mauer das Eindringen der Jauche in sein Grundstück nicht verhindert hat. Sein Verzicht auf alle denkbaren Einwendungen betraf also auch die Geltendmachung der actio negatoria gegen solche Immission, enthielt mithin die Constituirung oder die Anerkennung des Bestehens einer entsprechenden servitus in patiendo, zu deren Begründung nach bekannter Regel des gemeinen Civilrechts der Vertrag um so gewisser ausreichte, als R. sich derzeit bereits in juris quasi possessione befand. An dieser gemeinrechtlichen Regel hat die Domanial-Hypotheken-Ordnung vom 2. Januar 1854 nichts geändert, vielmehr hat dieses Gesetz §. 3d die Realdienstbarkeiten von der Eintragung in die Grund- und Hypothekenbücher geradezu grundsätzlich ausgeschlossen.

3. In gegenwärtiger Instanz sucht Kläger zu zeigen, daß er an seine vorstehend besprochene Erklärung und deren rechtliche Consequenzen nicht mehr gebunden sein könne. Dafür macht er zunächst geltend, daß die von ihm genehmigte Lage der Grube sich zu seinem Nachtheile in sofern wesentlich verändert habe, als der Abstand zwischen der innern Fläche der ihm zugekehrten Grubenwand und der Grenze erheblich geringer geworden sei. Während nämlich die (als Gegenstand der zweiten Widerklage weiter unten noch zur Sprache kommende) Mauer, welche jetzt diesen Zwischenraum ausfüllt, nur 16″ dick sei, müsse der Abstand früher 2 bis $2^1/_2$′ betragen haben. Er schließt dies daraus, daß das erst in Folge seines Neubaues entfernte Geländer, mit welchem bis dahin die Grube gegen die Grenzlinie hin bewehrt war, welches

Digitized by Google

aber auf dem Territorium des Beklagten stand, nach des Letzteren eigener Angabe eine Unterlage von Felssteinen hatte. Um diese Last tragen zu können, meint Kläger, müsse die Grubenwand, möge dieselbe nun aus einer Mauer oder einer festen Erdschicht bestanden haben, in der angegebenen Stärke vorhanden gewesen sein. Hiemit ist keine bestimmte Behauptung, sondern lediglich eine Conjectur aufgestellt, die in Ermangelung näherer Angaben über die Beschaffenheit und die Construction des fraglichen Geländers sich der richterlichen Prüfung entzieht und daher auf sich beruhen muß. Sodann stellt Kläger die Rechtsansicht auf, die erworbene Servitut sei in Gemäßheit der l. 8 pr. Dig. quemadm. serv. (8, 6.) dadurch wieder verloren gegangen, daß R. die Errichtung des mehrerwähnten Flügelgebäudes vorbehaltlos bewilligte. Die herangezogene Gesetzesstelle trifft indessen den vorliegenden Fall durchaus nicht. Es ist dort die Rede von solchen Servituten, deren fernere Ausübung durch das mit Genehmigung des Berechtigten auf dem dienenden Grundstücke errichtete opus factisch unmöglich gemacht ist. Unter dieser Voraussetzung hat der Consens zu dem Baue die Bedeutung eines Verzichts auf das Realrecht. Im vorliegenden Falle wurde der Bestand der Dunggrube durch den vom Kläger intendirten Neubau nicht in Frage gestellt oder gefährdet. Die Einholung des R'schen Consenses hatte eine naheliegende und für sich allein völlig ausreichende Veranlassung in dem Umstande, daß der Bauplan die Wegräumung des oben erwähnten Geländers erheischte. Sollte R., wie Beklagter behauptet, bei dieser Gelegenheit ausdrücklich auf die bedenkliche Nähe seiner Grube hingewiesen haben, so würde damit deutlich genug ausgedrückt sein, daß Kläger auf eine Verlegung oder veränderte Einrichtung dieser Anlage nicht rechnen dürfe. Jedenfalls hat Kläger dergleichen weder verlangt, noch für erforderlich gehalten, vielmehr ist er, wie

Digitized by Google

aus seiner eigenen Darstellung hervorgeht, der Meinung gewesen, er könne mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln, namentlich durch die ihm von R. gestattete Ausmauerung der einen Grubenwand gegen das fernere Eindringen der Jauche sich dauernd schützen.

4. Wie hiernach in Uebereinstimmung mit den beiden früheren Erkenntnissen die Klage abzuweisen war, so sind auch die vom Beklagten erhobenen beiden Widerklagen unhaltbar. Kläger ist demnach zwar nicht durch die im vorigen Urtheile bestätigte Abweisung seines Anspruches, wohl aber dadurch beschwert, daß die im erstinstanzlichen Bescheide erkannte Zurückweisung der ersten Widerklage durch das vorige Urtheil von der Erbringung eines Einredebeweises abhängig gemacht ist, während rücksichtlich der zweiten Widerklage die Wiederaufhebung des vom ersten Richter für erforderlich gehaltenen Beweises den Beklagten nicht gravirt. Was zunächst die zwischen den beiderseitigen Büdnereien befindliche Auffahrt betrifft, deren ferneren Mitgebrauch der Beklagte dem Kläger nicht gestatten will, so ist dieselbe unbestritten ganz nach dem Inhalte des darüber zwischen dem Kläger und R. am 29. Januar 1856 abgeschlossenen Vertrages angelegt und eingerichtet. Danach hat jeder Contrahent einen Theil des zu dieser gemeinsamen Anlage verwendeten Areals hergegeben und Kläger hat, da sein Antheil der weitaus kleinere war, ihm aber gleichwohl der volle Mitgebrauch der Auffahrt eingeräumt wurde, zur Ausgleichung 275 Thlr. bezahlt. Demgemäß ist die Auffahrt von den Besitzern beider Büdnereien als völlig gleichberechtigten Interessenten benutzt worden. Dies Alles ist streitlos: es fragt sich nur, ob und unter welchen Voraussetzungen Beklagter an diesen Contract gebunden sei. Der vorige Richter hat die Antwort abhängig gemacht von der Feststellung des durch den Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses; er untersucht deshalb, ob eine wech-

Digitized by Google

seitige Servitutbestellung in der Weise stattgefunden habe, daß jeder Contrahent die gemeinsame Auffahrt für seinen Antheil jure dominii und für den des anderen jure servitutis benutzen sollte, oder ob die Constituirung eines Miteigenthums zu gleichen ideellen Theilen beabsichtigt worden. Er entscheidet sich für die zweite Alternative, spricht daher dem Vertrage die dingliche Wirksamkeit ab und hält den Widerkläger als Singularsuccessor des einen Contrahenten nicht für gebunden, wenn Widerbeklagter nicht beweist, daß die zur Eigenthumsübertragung, mithin auch zur Einräumung von Miteigenthum unerläßliche Umschreibung im Grund- und Hypothekenbuche erfolgt sei. Jene Auslegung kann indeß für zutreffend nicht gehalten werden. Die Intention der Contrahenten ging dahin, für ihre beiderseitigen Grundstücke eine gemeinschaftliche Auffahrt herzustellen. Wäre nun, wie die sententia a qua annimmt, ihr Vertragswille dahin gegangen, daß beide sich gegenseitig das Miteigenthum an den hierzu bestimmten Theilen ihrer Grundstücke abträten, so würde damit aus diesen Theilen ein neuer fundus gebildet sein, der mit den beiderseitigen Grundstücken, für welche er als Auffahrt dienen sollte, in keiner rechtlichen Verbindung stand. Denn die Herstellung eines solchen, im Miteigenthum Beider stehenden, Grundstücks, das zugleich ein integrirender Bestandtheil beider benachbarten Grundstücke sein und bleiben sollte, ist juristisch nicht construirbar. Auf diese Weise würden freilich beide Paciscenten ein Grundstück geschaffen haben, das sie Beide als Auffahrt benutzen konnten; ein dauerndes Recht für ihre Grundstücke aber, wie sie es intendirten, würden sie nicht erlangt haben, weil jedem Miteigenthümer das Recht verblieben wäre, auf Theilung zu klagen, sowie seinen ideellen Antheil an einen Dritten zu veräußern. Dies war unzweifelhaft nicht die Absicht der Parteien; das zur Auffahrt bestimmte Terrain sollte, wie in dem

Digitized by Google

Vertrage ausdrücklich ausgesprochen ist, gerade zur Auffahrt für ihre beiderseitigen Grundstücke dienen und diese Vereinbarung auf ewige Zeiten gelten; und das Wesen des Vertrages ging also gerade dahin, daß das von beiden Theilen zur Bildung der gemeinschaftlichen Auffahrt hergegebene Terrain künftig zu diesem Zwecke benutzt werden solle und beide Theile sich gegenseitig ein Recht auf Benutzung dieser Auffahrt zugestanden. — Dies wurde dadurch am einfachsten erreicht, wenn beide Theile sich gegenseitig an den zur Bildung der Auffahrt hergegebenen Gebietstheilen eine servitus viae constituirten, während jener Zweck durch wechselseitige Abtretung des Miteigenthums nicht erreicht sein würde; und es widerspricht den für die Interpretation der Verträge geltenden Regeln, wenn die sententia a qua aus einzelnen Aeußerungen des Vertrages, welche möglicher Weise auf eine Abtretung des Miteigenthums gedeutet werden konnten, auf eine solche Absicht der Contrahenten schließt, ohne auf den Zweck und die Intention derselben, welche sich aus dem Inhalte und Zusammenhange des Vertrages zweifellos ergiebt, und auf den Umstand, daß diese dadurch vereitelt worden sein würden, Rücksicht zu nehmen. Es ist im Gegentheil bei der Interpretation des Vertrages umgekehrt davon auszugehen, daß beide Theile unzweifelhaft für ihre beiderseitigen Grundstücke das Recht der Auffahrt an dem hierzu bestimmten Terrain erwerben und sich daher gegenseitig an den hierzu von ihren Grundstücken hergegebenen Gebietstheilen das Recht dazu einräumen wollten; und muß hienach, wenn auch einzelne Aeußerungen anders gedeutet werden können, angenommen werden, daß die Gemeinschaftlichkeit, von der in dem Vertrage die Rede ist, sich nur auf den Gebrauch bezieht und beide Theile sich gegenseitig an dem von ihnen zu der gemeinschaftlichen Auffahrt hergegebenen Terrain eine Wegegerechtigkeit haben constituiren wollen, wie dies auch

Digitized by Google

der Widerkläger selbst annimmt. — Einer Intabulation bedurfte es daher aus dem bereits angegebenen Grunde nicht, und ist es irrelevant, wenn Widerkläger nach seiner Erklärung nicht weiß und daher bestreitet, daß die R'schen Hypothekengläubiger ihre Zustimmung zu dem Vertrage ertheilt hätten. — Denn eines Theils ist die Nichtertheilung dieser Zustimmung in §. 6 des Vertrages diesem als Resolutivbedingung hinzugefügt und es wäre daher eventuell seine Sache gewesen, den Eintritt jener Resolutivbedingung bestimmt zu behaupten und zu beweisen. Andern Theils wird hier vom Widerbeklagten nicht auf Erfüllung des Vertrags geklagt, vielmehr gründet dieser sein Recht darauf, daß von den Paciscenten in Ausführung des Vertrages die fragliche Auffahrt hergestellt und das von ihm beanspruchte Recht dadurch constituirt ist und es würde, wenn etwa die R'schen Gläubiger ihre Zustimmung versagt haben sollten, die Paciscenten aber nichtsdestoweniger die beabsichtigte gemeinschaftliche Auffahrt herstellten, darin ein Rücktritt von der fraglichen Bedingung gelegen haben.

Die zweite Widerklage, deren Gegenstand die Mauer ist, mit welcher Widerbeklagter unter R's Zustimmung die eine Seitenwand der Dunggrube bekleidet hat, ist bereits in der sententia a qua aus zutreffenden Gründen abgewiesen worden. Die von R. übernommene Verbindlichkeit, diese Mauer, welche Widerbeklagter ausgesprochener Maßen zu einem dauernden, seinem Grundstücke zu gute kommenden Zwecke errichten wollte, zu dulden, stellt sich als Einräumung einer Servitut dar, zu deren Constituirung nach den oben angeführten Grundsätzen weitere Förmlichkeiten nicht gehörten.

---

Digitized by Google

## 23.

## Zur Lehre von der Untheilbarkeit der Servituten und deren Ersitzung. Ne. $180/_{1869}$.

Der Magistrat der Stadt N. hat im Jahre 1842 aus einem größeren Complexe von städtischen Ländereien einen Theil ausgeschieden und in Erbpacht gegeben. Das ganze Areal und so auch das neue Erbpachtstück grenzt mit einem Landsee, welcher bis zum Jahre 1866 zum landesherrlichen Domanium gehört hat, und dann durch Kauf in das Eigenthum der Stadt übergegangen ist. Zwischen dem Wasserspiegel und der Grenze hat sich im Laufe der Zeit ein zum Seegebiete gehörendes Vorland gebildet, welches einen nicht unerheblichen Ertrag an Rohr und Gras liefert. Diese Bodenerzeugnisse nimmt der Erbpächter, ein Singularsuccessor des ersten Erwerbers, von dem an seine Hufe grenzenden Abschnitt des Vorlandes für sich in Anspruch. Er hatte dieselben auch im Herbst 1866 gegen den erklärten Willen des Magistrats als des nunmehrigen Vertreters des Seeeigenthümers geerntet und war deshalb mit der Negatorienklage besprochen worden. Er berief sich auf eine, seinem Gute zustehende Prädialservitut, welche durch Ersitzung erworben sei. Diese Ersitzung sei schon zur Zeit der Vererbpachtung seines Gutes vollendet gewesen, indem damals bereits die Stadt selbst seit länger als 30 Jahren das auf dem Vorlande wachsende Gras und Rohr geerntet und damit für ihren an den See grenzenden Grundbesitz das entsprechende Realrecht erworben habe, welches vermöge seiner Untheilbarkeit auch dem durch die Vererbpachtung abgetrennten Theile des herrschenden Grundstücks anhafte und gerade für dieses von Bestand geblieben sei, obwohl es seit 1866 für die im vollen Eigenthume der Stadt verbliebenen Ländereien durch Confusion erloschen sei. Ueberdies sei der Rechtsbesitz auch später und bis zur Gegenwart ununterbrochen fortgesetzt, zunächst durch die Stadt und sodann seit 1842 auf der die Erbpachthufe begrenzenden Strecke des Vorlandes durch den Vorbesitzer des

Digitized by Google

Beklagten und durch diesen selbst. Nachdem diese Einrede vom ersten Richter verworfen war, wurde dieselbe in zweiter Instanz dahin zum Beweise verstellt, daß Beklagter darthun sollte,

es sei entweder von Seiten der städtischen Commune oder der Einwohner der Stadt N. oder der Besitzer der Erbpachtstelle

entweder in der Zeit von 1812—42

oder in der Zeit von 1836—66

auf dem ganzen Vorlande, soweit das Gebiet der jetzigen Erbpachtstelle daran stoße, Gras und Rohr geworben.

Durch Erkenntniß vom 21. März 1870 bestätigte das O.-A.-Gericht diese Entscheidung mit der Modification, daß aus dem Beweissatze die Worte „oder der Einwohner der Stadt N." gestrichen würden.

Gründe:

1. Da Prädialservituten vermöge ihrer rechtlichen Untheilbarkeit, wie sie auf jedem kleinsten Theil des dienenden Grundstücks ruhen, so auch an jedem kleinsten Theile des herrschenden Grundstücks haften, und folgeweise die eingetretene Parcelirung dieses Letzteren deren Fortbestand für die gesonderten, nunmehr zu selbständigen Grundstücken erhobenen Theile an sich nicht hindert: da ferner die erfolgte Vererbpachtung des herrschenden Grundstücks, arg. l. 16. D. de servit. (8. 1.) die Ausübung der demselben zuständigen Servituten an sich auf den Erbpächter in der Weise überträgt, daß dieselben auch dem Rechte nach an das für ihn begründete sogenannte nutzbare Eigenthum geknüpft erscheinen, so konnte der Umstand, daß das Erbpachtstück im Jahre 1842 aus einem größeren Complexe den See begrenzender Cämmereigrundstücke ausbeschieden und zu einem selbständigen Grundstücke erhoben ist, als solcher für sich allein keineswegs ohne weiteres den Untergang der nach Behauptung des Be-



Digitized by Google

klagten jenem größeren Complexe an dem Vorlande des See's, wie solches durch den jeweiligen Stand des Wasserspiegels bestimmt wird, zuständig gewesenen Servitut der Rohr- und Graswerbung rücksichtlich dieses ausbeschiedenen Theils zur Folge haben. Ebenso giebt auch die Lage dieses neugebildeten Grundstücks, wie außerdem nach l. 23. §. 3 D. de serv. praed. rust. (8. 3.) allerdings der Fall sein könnte, da solches unmittelbar an den See stößt, kein Hinderniß für den Fortbestand dieser Servitut im Interesse desselben ab. Die weitere Frage endlich, in welchem Umfange die dem größeren Ganzen ursprünglich zuständig gewesene Servitut für den ausbeschiedenen Theil geübt werden darf, bietet um deswillen keine Schwierigkeit dar, weil der Beklagte deren Ausübung nur an dem sein Erbpachtstück begrenzenden Theile des fraglichen Vorlandes in Anspruch nimmt; und ebenso kann die Frage, ob nicht die Grundherrschaft für den ihr verbliebenen Theil des ursprünglichen Ganzen jene Servitut auf der fraglichen Strecke neben dem Erbpächter in einem gewissen Umfange auszuüben berechtigt sein würde, wogegen dieser freilich auf den §. 9 seines Erbpachtcontracts sich beruft, hier um deswillen zu keinem Bedenken Anlaß geben, weil jene das Vorhandensein einer solchen Servitut auf das Entschiedenste bestreitet und das Recht zur eigenen Rohr- und Graswerbung nur auf Grund des ihr jetzt an dem See selbst, und so auch dessen Vorlande, zustehenden Eigenthums in Anspruch nimmt. Sofern also dem Bestande der von dem Beklagten behaupteten Servitut nicht noch anderweitige Hindernisse entgegenstehen, wie Kläger allerdings geltend gemacht hat und weiterhin zu prüfen sein wird, kann der sententia a qua nur darin beigestimmt werden, daß wenn die in Frage stehende Servitut der klagenden Stadt für die Gesammtheit ihres den See begrenzenden Cämmereiguts zur Zeit der erfolgten Ausscheidung

Digitized by Google

des Erbpachtstücks bereits durch Ersitzung erworben war, dieselbe auch dem Beklagten für dieses sein Erbpachtstück zustehen würde, und erscheint danach der in dieser Richtung gerade dem Beklagten freigelassene erste Theil des ihm alternativ nachgelassenen Einredenbeweises an sich gerechtfertigt.

2. Eher könnte es sich dagegen fragen, ob das, was hienach für die bereits bestehende Servitut gilt, auch dann als geltend anzusehen ist, wenn zu jener Zeit die Stadt zwar schon einen bei längerer Fortdauer zur Ersitzung führenden Besitz jener Servitut ausgeübt hatte, diese Ersitzung selbst aber noch nicht vollendet gewesen wäre, da diese Servitutübung zunächst als etwas blos Factisches sich darstellte. Allein dieses Bedenken kann bei näherer Prüfung nicht für stichhaltig angesehen werden, und so hat auch die sententia a qua mit Recht demselben kein weiteres Gewicht beigelegt. Denn begründet auch die erst begonnene Ersitzung noch kein festes Recht, so wird dieselbe doch in unseren Rechtsquellen, wie der Eintritt des Erben in die vom Erblasser bereits begonnene Ersitzung und die accessio possessionis bei stattgefundener Singularsuccession zeigen, entschieden als ein des Uebergangs und der Uebertragung auf Andere fähiges Rechtsverhältniß aufgefaßt und es läßt sich überall kein innerer Grund erfinden, weshalb dasjenige, was in dieser Beziehung für die Ersitzung des Eigenthums, für die ordentliche wie für die außerordentliche, unbestritten Rechtens ist, für die Ersitzung der Servituten nicht in gleicher Weise gelten sollte, insbesondere dann, wenn, wie hier, das herrschende Grundstück, für welches der Besitz der fraglichen Servitut angeblich von dem Besitzvorgänger geübt ist, durch ein zur Mitübertragung der bereits bestehenden und so auch der erst werdenden Servitut geeignetes Rechtsgeschäft auf den Besitznachfolger übergangen ist. Endlich überträgt sich aber auch die Untheilbarkeit der Servitut als solcher, was deren



Digitized by Google

Verknüpfung mit dem herrschenden Grundstücke betrifft, ganz von selbst auf den Besitz, durch welchen sie für dieses geübt ward, und so kann auch die Theilung des herrschenden Grundstücks, welche hier geschehen ist, nicht wohl die Folge haben, daß diese Besitzübung nunmehr nur noch für den vom Eigenthümer zurückbehaltenen, nicht auch für den ausbeschiedenen Theil Bedeutung und rechtliche Wirksamkeit äußert. Haben daher der Beklagte und dessen Rechtsvorgänger den zur Zeit der Uebertragung des Erbpachtstückes als eines besonderen Grundstücks auf letzteren auch für dessen Bestandtheile von der städtischen Commüne angeblich geübten Servitutenbesitz ihrerseits in gehöriger Weise fortgesetzt, so stand der Vollendung der Ersitzung, unter Hinzurechnung des Besitzes ihres Auctor, nichts im Wege, und erscheint demnach auch die zweite Alternative des dem Beklagten durch die sententia a qua freigelassenen Einredebeweises vollkommen gerechtfertigt.

3. Der Kläger hat nun aber in seiner Replik, wie in seiner Appellationsrechtfertigung nach beiden Seiten hin sich darauf berufen, daß, wenn dies auch an sich Rechtens sein möge, doch die Uebertragung der fraglichen Servitut wie des Servitutenbesitzes auf den Rechtsvorgänger des Beklagten im vorliegenden Falle dadurch ausgeschlossen gewesen sein würde, daß nach §. 11 des auszugsweise beigebrachten Erbpachtcontracts „der Erbpächter andere Rechte, als durch diesen Contract ihm ausdrücklich zugesichert seien, überall nicht in Anspruch nehmen dürfe", und daß dies keineswegs auf die sodann speciell hervorgehobene Jagdgerechtigkeit und Fischerei zu beschränken sei, da diese blos beispielsweise angeführt worden. Allein mit gutem Grunde ist hiegegen von dem Beklagten eingewandt, daß diese Clausel zunächst sich nur auf das gegenseitige Verhältniß des Erbpächters zum Erbverpächter beziehe, auf solche Rechte dagegen, welche in dem,

Digitized by Google

Ersterem übertragenen, nutzbaren Eigenthume als solchem enthalten, oder ihrer Natur nach unmittelbar an dieses geknüpft seien, nicht bezogen werden könne; daß außerdem aber auch deren Erstreckung auf das hier in Frage stehende Recht der Inhalt des §. 9. des Contracts entgegenstehe, durch welchen die Stadt-Cämmerei auf die durch eine Senkung des See's, insoweit derselbe das Erbpachtstück berühre, gewonnenen Flächen Landes nicht bloß keine Ansprüche zu machen erkläre, sondern auch alle ihre desfallsigen Rechte auf den Erbpächter übertrage. Denn ist es auch nicht völlig klar, und wird auch unter den Parteien darüber gestritten, was für Ansprüche und Rechte die Urheber dieses Contracts hiebei im Auge hatten, so läßt sich doch so viel nicht bestreiten, daß das hier fragliche Recht, wenn und soweit es damals für die Stadt bereits bestand, sehr füglich als ein solches betrachtet werden kann, dessen Uebertragung durch jene Bestimmung beabsichtigt und zugesichert war, wenn auch die Stadt vorsichtigerweise es vermied, in Beziehung auf dessen Bestand irgend eine Zusicherung zu ertheilen oder gar eine Gewähr zu übernehmen.

4. Die Behauptung endlich, an welcher Kläger auch jetzt noch festhält, daß die fragliche Servitut, wenn sie auch für das beklagtische Erbpachtstück jemals bestanden hätte, doch jedenfalls dadurch erloschen sein würde, daß die Stadt als Eigenthümerin des herrschenden Grundstücks im Jahre 1866 auch das Eigenthum des dienenden Grundstücks erworben, würde, da die Servitut hier an das nutzbare Eigenthum jenes geknüpft ist, nur dann richtig sein, wenn die Stadt zugleich dieses nutzbare Eigenthum selbst erworben hätte. So lange dagegen dieses von dem ihr allein verbliebenen sogenannten Obereigenthume getrennt ist, kann von einem Untergange der Servitut durch Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks in einer Hand nicht füglich

Digitized by Google

die Rede sein, wie es denn auch anerkannten Rechtens ist, daß dem sogenannten Nutzeigenthümer für die Dauer seines Rechts Servituten nicht bloß an den Grundstücken Dritter, sondern auch an andern im Eigenthume des sogenannten Obereigenthümers stehenden Grundstücken zustehen können.

5. Erscheinen daher die gegen die sententia a qua erhobenen Beschwerden des Klägers insoweit unbegründet, als durch selbige eine Aufhebung des dem Beklagten freigelassenen Einredenbeweises erstrebt wird, so stellt sich dagegen die eventuell gegen die Fassung dieses Beweises gerichtete Beschwerde insofern als begründet dar, als danach auch die von Seiten der Einwohner der Stadt N. als solcher geschehene Rohr- und Graswerbung für den Beweis der Ersitzung ohne nähere Bestimmung mit berücksichtigt werden soll. Denn nach dem Inhalt des vorliegenden Erbpachtcontracts, nach welchem die Stadt-Cämmerei des fraglichen Grundstücks in Erbpacht gegeben, ist anzunehmen, daß das Areal, aus welchem dieses Erbpachtstück gebildet ist, städtisches Cämmereigut war, und nirgends im ganzen Verlauf der Verhandlungen ist behauptet oder auch nur angedeutet, daß die Rohr- und Graswerbung, statt von der Cämmerei selbst für die Stadtkasse, von den städtischen Einwohnern als Mitgliedern der Stadtgemeinde im Sinne einer ihnen zustehenden Gemeindenutzung geübt worden sei. Es läßt sich daher auch im Voraus gar nicht beurtheilen, ob und inwiefern die von Seiten einzelner Einwohner etwa geschehene Rohr- und Graswerbung als eine Namens der Stadt und für dieselbe geschehene Ausübung der fraglichen Servitut angesehen werden kann. Demgemäß war die Erwähnung der Einwohner der Stadt N. aus dem Beweissatze wegzulassen, und wie jetzt geschehen, zu streichen.

---

Digitized by Google

## 24.

**Ersitzung von Servituten an städtischen Grundstücken.** Vo. 532/1869.

In einem Rechtsstreite zwischen zwei Nachbaren in der Stadt R. behauptete der Beklagte, das Recht, das auf seinem Hofe sich sammelnde Wasser mittels einer Rinne auf das klägerische Grundstück abfließen zu lassen, durch Ersitzung erworben zu haben, und es war ihm trotz des Einwandes des Klägers, daß nach dem 1. Februar 1830 dingliche Rechte an städtischen Grundstücken nur durch Eintragung zu Stadtbuch erworben werden können, durch die voraufgegangenen Erkenntnisse der Beweis dieser Ersitzung freigelassen. Das zweite Urtheil hatte in dieser Beziehung nur den Beweis einer ununterbrochenen zehnjährigen Uebung innerhalb der letzten 50 Jahre vor Anstellung der Klage gefordert. Das O.-A.-Gericht bestätigte mittels Erkenntnisses vom 24. Juni 1869, änderte aber den Beweissatz dahin ab, daß eine nach dem 1. Februar 1830 stattgefundene ununterbrochene Ausübung nur in Betracht komme, wenn sie während der Besitzeszeit des Klägers stattgefunden habe.

Gründe:

Was den Beweis der Ersitzung betrifft, so erlangen nach §. 11 nr. 3 der revidirten Stadtbuchordnung Servituten, welche nicht bereits vor dem 1. Februar 1830 entstanden sind, ihren Rechtsbestand allerdings nur durch Eintragung in das Stadtbuch. Nach §. 11 nr. 5 begründen aber die gemeinrechtlichen Entstehungsgründe dieser Rechte einen Anspruch auf Eintragung, und ist es bei der allgemeinen Fassung dieser Vorschrift nicht gerechtfertigt, die Ersitzung davon auszuschließen. Es ist daher dem Beklagten mit Recht der Beweis einer solchen Ersitzung freigelassen, und mußte derselbe auch, wie in der sententia a qua geschehen, erweitert werden, weil es in Bezug auf die nach

Digitized by Google

gemeinem Rechte zu beurtheilende Entstehung der Servitut keinen Unterschied macht, ob dieselbe gerade in den letzten zehn Jahren vor der Unterbrechung des Besitzes ersessen oder die Ersitzung schon früher vollendet war. Dagegen ist der Kläger allerdings durch die allgemeine Fassung des in der sententia a qua dem Beklagten freigelassenen Beweises gravirt. Nach §. 11 der Stadtbuchordnung entsteht nämlich durch eine vor dem 1. Februar 1830 vollendete Ersitzung die Servitut selbst, und ihre Eintragung kann von dem Berechtigten jedem Besitzer des dienenden Grundstücks gegenüber verlangt werden. Eine nach dem 1. Februar 1830 vollendete Ersitzung dagegen begründet nur ein Klagerecht auf Eintragung, und dieses beschränkt sich nach der im §. 11 nr. 5 enthaltenen Verweisung auf §. 37 nr. 1 der Stadtbuch-Ordnung auf die Person desjenigen Besitzers, dem gegenüber der gemeinrechtliche Entstehungsgrund existent geworden ist. — Eine nach dem 1. Februar 1830, aber vor der Besitzzeit des Klägers vollendete Ersitzung würde daher dem Kläger gegenüber nicht in Betracht kommen und weder eine Einrede noch auch ein Klagerecht auf Eintragung begründen, vielmehr muß zu diesem Zwecke die Ersitzung entweder vor dem 1. Februar 1830 oder während der Besitzzeit des Klägers stattgefunden haben; und genügt es in letzterer Beziehung auch nicht, daß eine schon vor der Besitzeszeit des Klägers begonnene Ersitzung während dieser Zeit vollendet wird, sondern es muß das in Frage stehende Recht die ganze Ersitzungszeit hindurch dem Kläger gegenüber ausgeübt sein. — Denn wenn eine vollendete Ersitzung nur dem derzeitigen Eigenthümer gegenüber einen Anspruch auf Eintragung gewährt, in Bezug auf den Singularsuccessor desselben aber wirkungslos ist, so kann der Usucapient aus demselben Grunde dem Singularsuccessor gegenüber auch daraus kein Recht ableiten, daß er das fragliche Recht schon während der

Digitized by Google

Besitzeszeit seines Vorgängers eine Zeit lang ausgeübt habe, da nach §. 37 nr. 1 Derjenige, auf den ein Grundstück verlassen ist, gegen alle derartige, aus Handlungen oder Unterlassungen seines Besitzvorgängers begründeten Ansprüche, wenn sie nicht durch Eintragung dingliche Wirkung erlangt haben, gesichert ist.

---

## 25.

**Besitz einer einheitlichen Weideservitut an einem Complex mehrerer Grundstücke.** Si. $223/_{1867}$ Str.

Das Gut X. grenzt mit einer zur Feldmark der Stadt N. gehörenden parcellirten Wiesenfläche von bedeutendem Umfange. Unmittelbar hinter dem Grenzgraben, dem Ufer desselben folgend, befindet sich auf städtischer Seite ein ungefähr 30 Fuß breiter Wall. Die städtischen Wiesen werden von einem zweiten Graben durchschnitten, welcher mit dem Walle beinahe einen rechten Winkel bildet, bisher aber nur bis an denselben heranreichte, neuerdings indessen vom Magistrate nicht blos erheblich verbreitert und vertieft, sondern auch mittels Durchstechung des Walles bis an den Grenzgraben fortgeführt war. Hierin fand der Eigenthümer des Gutes X. eine Störung im Besitze einer einheitlichen Weideservitut, welche er an den Wiesen auf beiden Seiten des Quergrabens in Anspruch nahm. Anerkannt ist sein Weiderecht an den rechts vom Graben belegenen Wiesen; den Zugang gewähren Brücken über den Grenzgraben, auf welchem die Gutsheerde zunächst zu dem Walle und sodann, denselben übersteigend, zu der streitlosen Weidefläche gelangt. Dagegen bestreitet der wegen der Besitzstörung verklagte Magistrat die Behauptung des klagenden Gutseigenthümers, daß dieser von jeher, insbesondere auch während der Weidezeit des letzten Jahres (zwischen dem Michaelistage und dem 13. Mai) mit seinem Vieh auch die an der linken Grabenseite liegenden Wiesen animo juris

Digitized by Google

exercendi behütet habe. Dorthin führen keine Brücken über den Grenzgraben, aber nach Angabe des Klägers ist die Heerde, so oft das Weidebedürfniß es erheischte, entweder auf dem Walle entlang oder durch den Quergraben, dessen bisherige Beschaffenheit kein Hinderniß bot, auf die streitige Fläche getrieben worden. Daß nunmehr durch die Erweiterung und Verlängerung dieses Grabens jede Verbindung abgeschnitten und der Uebertritt von einer Seite zur andern unmöglich geworden ist, steht fest. Der Kläger forderte deshalb, daß der Beklagte verurtheilt werde, den Durchstich des Walles wieder auszufüllen und den Quergraben in den früheren Zustand zurück zu versetzen, den Auswurf längs des Grabens von der Wiese zu entfernen und sich bei namhafter Strafe aller ferneren Besitzstörungen zu enthalten.

Diese in erster Instanz abgewiesene Klage wurde vom O.-A.-Gericht durch Erkenntniß vom 28. October 1867 als begründet anerkannt und dem Kläger der Beweis auferlegt, daß er die Weidegerechtigkeit während der Zeit von Michaelis 1864 bis zum 13. Mai 1865 auch auf dem (im Urtheile näher bezeichneten) streitigen Theile der Wiesenfläche ausgeübt habe.

Gründe:

Beklagter bestreitet freilich, daß der Kläger, auch wenn derselbe ein Weiderecht auf der Wiesenfläche zur Linken des Grabens ausgeübt haben sollte, durch dessen Verbreiterung und Vertiefung in diesem Besitze gestört sei. Allein mit Unrecht. Allerdings kann eine solche Störung des Besitzes nicht schon darin gefunden werden, daß dem Kläger durch die Vertiefung und Verbreiterung des Grabens ein Theil des Terrains, auf welchem das Weiderecht unbestritten zusteht, insoweit entzogen ward, als der dadurch veranlaßte Erdauswurf auf dasselbe gebracht worden und dem Graben dadurch gegen früher eine größere Breite gegeben ist, — einmal nicht, weil die Weide auf diesem Theile der Wiesen dadurch nicht für immer, sondern nur zeitweilig unmöglich ge-

Digitized by Google

macht wird, und dann, weil dieser und der durch die größere Breite wirklich entzogene Theil im Verhältniß zu der Ausdehnung der ganzen Weide ein so geringer ist, daß derselbe hiefür in gar keinen Betracht kommen kann. Auch ist weiter darauf kein Gewicht zu legen, daß Kläger befürchtet, es könne in dem jetzt tiefer gelegten Graben sein Vieh verunglücken, was früher nicht möglich gewesen sei; denn es liegt ihm ob, über das Vieh eine solche Aufsicht zu führen, welche dergleichen Unglücksfälle zu verhindern geeignet ist.

Allein es ist in dieser Beziehung entscheidend, daß nach der Darstellung des Klägers und in Berücksichtigung der unbestrittenen Sachlage, nach welcher von seinem Gute aus ein besonderer Zugang zu dem streitigen Terrain nicht bestand, letzteres vielmehr nur entweder vom Walle oder von den Wiesen diesseit des Grabens zu erreichen war, das Weiderecht nicht ausgeübt wird auf zweien örtlich und rechtlich von einander getrennten und selbständigen Grundstücken, so daß die Rede sein könnte von zweien als solche für sich bestehenden Servituten, sondern daß ein Weiderecht prätendirt wird auf der Gesammtfläche der Wiesen, welche sich diesseit und jenseit des fraglichen Grabens erstrecken. Ist letzteres der Fall, so kommt es nicht darauf an, ob der betreffende Graben, welcher in seiner ursprünglichen Anlage immerhin zur Entwässerung angelegt sein mochte, absichtlich so eingerichtet war, daß das klägerische Vieh durch denselben passirte, um an den zum Uebergang geeigneten Stellen von der einen Wiesenfläche auf die andere zu gelangen oder nicht, es genügt, daß er seiner Beschaffenheit nach einen solchen Uebergang nicht ausschloß, sondern gestattete, und daß derselbe factisch stattgefunden hat. Daß diese Handlungsweise eine widerrechtliche gewesen sei, hat Beklagter nicht behaupten können und es ist in der desfallsigen Anführung der Vernehmlassung: der Graben habe doch gewiß nicht dazu dienen

Digitized by Google

sollen, daß die Schafe des Klägers durch denselben gingen und ihn ruinirten, es würde dies doch sicher eine uncivile Ausübung der Servitut gewesen sein, eine solche Behauptung nicht zu finden, da hiedurch nicht genügend circumstantiirt und dargelegt ist, aus welchen Folgen und aus welchen näheren Umständen die Widerrechtlichkeit einer solchen Handlungsweise erhelle. Wenn nun die unbestrittene Thatsache, daß der früher nur 3 Fuß breite und 2 Fuß tiefe Graben jetzt durch den beklagten Magistrat auf eine Breite von 8 Fuß und eine Tiefe von 5 Fuß gebracht ist, dieses opus als eine wesentliche Veränderung des bisherigen Zustandes erscheinen läßt, so daß es fast als eine neue Anlage anzusehen ist, so beeinträchtigt es auch den Kläger in der Ausübung der Weidegerechtigkeit, und es kann dem nicht zugestimmt werden, daß demselben dadurch nur eine nicht weiter in Betracht kommende Unbequemlichkeit bereitet worden sei. Mag auch das Hauptgewicht nicht darauf gelegt werden, daß, wie Beklagter nicht bestreitet, Kläger jetzt genöthigt ist, wenn das Vieh von der einen Fläche der Wiese auf die jenseit des Grabens liegende gelangen soll, dasselbe über den zwischen dem klägerischen Gute und der städtischen Feldmark liegenden Grenzgraben auf sein Gut zurücktreiben zu lassen, um alsdann auf einer anderen Stelle dieses Grabens wiederum auf das jetzt streitige Weideterrain zu gelangen, so daß, wie Kläger angibt, ein Weg von einer Stunde zurückzulegen ist, anstatt daß sonst ein solcher Uebergang unmittelbar stattfand; so giebt doch Beklagter selbst zu, daß Kläger von seinem Gute auf die das streitige Terrain bildenden Wiesen nur dadurch gelangen kann, daß er den auf dieser Stelle befindlichen Grenzgraben überbrückt, und er stellt an denselben das Anverlangen, daß er die hiezu nöthigen Brücken auf seine Kosten anlege und erhalte. Ferner kommt in Betracht, daß der auf städtischer Seite liegende Wall, welcher von dem

Digitized by Google

Beklagten selbst als ein Weg zwischen den Wiesen bezeichnet wird, früher eine ungehinderte Communication in der ganzen Länge der Wiesen und einen freien Zutritt zu letzteren in ihrer ganzen Ausdehnung gewährte, so daß Kläger, wenn die Heerde von seinem Gute aus den Wall auf den jetzt vorhandenen Brücken betreten hatte, dieselbe auf das jetzt streitige Weideterrain treiben lassen konnte. Dies ist bei dem jetzigen Zustande nicht mehr möglich. Denn nachdem in der Verlängerung des verbreiterten und vertieften Grabens auch der Wall durchstochen und die hiedurch herbeigeführte Verbindung zwischem jenem und dem Grenzgraben zur Zeit nur noch durch ein leichtes Erdstau geschlossen ist, welches niedriger liegt, als die Oberfläche des Walles und für Heerden nicht passirbar ist, kann Kläger auf das streitige Weideterrain nur noch von seinem Gute aus über Brücken, welche er selbst anlegen und unterhalten muß, gelangen, so daß er auch hiedurch, von den oben erwähnten Nachtheilen ganz abgesehen, im Vergleich mit dem früheren Zustande so viel schlechter gestellt erscheint und schon hierin eine wesentliche Beeinträchtigung und Störung seines Besitzes liegt. Diese Störung wird erst alsdann wieder aufgehoben sein, wenn dem Kläger der Zugang zu der zwischen dem Graben und dem streitigen Terrain belegenen Fläche durch solche Veranstaltungen des Beklagten, welche der Sachlage entsprechen, wieder möglich gemacht sein wird.

---

Diese seine Entscheidung hielt das O.-A.-Gericht auch in der auf Beschwerde des Beklagten durchgeführten Restitutionsinstanz aufrecht. Die Gründe des bestätigenden Erkenntnisses vom 6. Juli 1868 lauten:

1. Zur Rechtfertigung seiner auf Wiederherstellung der ersten Sentenz abzielenden Restitutionsbeschwerde sucht der Implorant darzulegen, daß die von ihm ausgeführte Er-

Digitized by Google

weiterung der Breite und Tiefe des Grabens und dessen mittels Durchstechung des Walles hergestellte Verlängerung bis an den Grenzgraben des klägerischen Gutes den behaupteten Rechtsbesitz des Klägers nicht störe. Davon ausgehend, daß die Gesammtfläche, über welche das prätendirte Weiderecht angeblich sich erstreckte, aus mehreren zwar aneinander stoßenden, aber doch bestimmt begrenzten, rechtlich selbständigen Grundstücken bestehe, zieht der Implorant den Schluß, es liege hier nicht eine einzige, sondern eine der Zahl der dienenden Grundstücke entsprechende Mehrheit von Servituten vor, und es könne sich daher nur fragen, ob der Kläger durch die libellirte Neuerung in der Ausübung des einen oder des anderen dieser verschiedenen Realrechte, unter denen ein rechtlicher Zusammenhang nicht stattfinde, in beachtlicher Weise beeinträchtigt werde. Diese Frage glaubt er verneinen zu dürfen, da der Graben gar keines der dienenden Grundstücke durchschneide und ebensowenig eines derselben gegen das praedium dominans abgrenze, also auch den Kläger nicht hindere, von seinem Gute aus unmittelbar durch Ueberschreitung des Grenzgrabens mit seinen Viehheerden auf die stadtwärts belegene streitige Weidefläche zu gelangen.

2. Gegen diese Argumentation hat der Implorat unter Verweisung auf die einschlagenden Gesetzesstellen

L. 18 31. D. de serv. praed. rust. (8, 3),
L. 7 §. 1 D. Comm. praed. (8, 4),
L. 15 D. quemadmodum servit. (8, 6),

mit Recht geltend gemacht, daß an einer Mehrheit zusammenliegender, verschiedenen Eigenthümern gehörender Grundstücke eine einzige und einheitliche Servitut bestellt werden könne, damit aber auch die Möglichkeit eines entsprechenden einheitlichen Rechtsbesitzes von selbst anerkannt sei. Eine solche juris quasi possessio hat Kläger vorliegenden

Digitized by Google

Falles rücksichtlich des ganzen von ihm für sein Weiderecht in Anspruch genommenen Areals bestimmt behauptet. Nach seiner constant festgehaltenen Angabe sind die städtischen Wiesen seinen Gutsheerden bisher nur dadurch zugänglich gewesen, daß er den Grenzgraben auf der Strecke welche von der Stadt aus jenseits der jetzigen Einmündung des Quergrabens liegt, überbrückt hat. Nur auf diesem einen eben für die Ausübung des Rechtes angelegten und unterhaltenen Wege ist das Vieh bisher auf die Weide getrieben, ist also stets zuerst auf den Wall jenseits des jetzigen Durchstichs gekommen, hat von da aus das ganze Terrain nach und nach abgeweidet und ist dabei auf die streitige Fläche vom Walle oder durch den Quergraben, dessen bisherige Beschaffenheit den Durchgang gestattete, von den jenseits desselben belegenen Wiesen übergetreten.

3. Führt nun der Kläger den ihm durch das vorige Erkenntniß auferlegten Beweis, so ist damit zugleich eine einheitliche Rechtsübung erwiesen. Die Parteien sind nämlich in den beiden vorigen Instanzen über die erst jetzt vom Beklagten als ungewiß hingestellte Thatsache, daß der Grenzgraben stadtwärts des neuen Durchstichs mit Brücken nicht versehen und ohne solche für Viehheerden unpassirbar ist, völlig einverstanden gewesen. Daraus folgt, daß die stadtwärts des Quergrabens belegenen Wiesen nur auf den vorhin bezeichneten Wegen haben mitbeweidet werden können, daß dieselben also, wenn dies geschehen ist, nicht als ein selbstständig dienendes Grundstück, sondern nur als integrirende Theile der einer einzigen Servitut unterworfenen Gesammtfläche behandelt worden sind. Gegenwärtig sind beide Wege unbestrittener Maßen völlig gesperrt, da der Beklagte zugiebt, daß weder der Durchstich am Walle, noch der Quergraben in seiner jetzigen Gestalt bei einer Breite von 8 Fuß und einer Tiefe von 5 Fuß für weidende Heerden passirbar

Digitized by Google

sei. Durch Erbringung des urtheilsmäßigen Beweises wird also constatirt, daß ein großer Theil desjenigen Areals, welches das einheitliche Object des Besitzes einer Weidegerechtigkeit bildet, durch Veranstaltungen des Beklagten ganz abgeschnitten ist; daß aber darin eine das possessorische Rechtsmittel begründende Besitzesstörung zu befinden sein würde, ist ohne Weiteres klar. Die vom Imploranten jetzt wiederholt angeregte Frage, ob und in welchem Maße der Servitutberechtigte sich diejenigen Unbequemlichkeiten gefallen lassen müsse, welche für ihn mit neuen, im Interesse des dienenden Grundstücks, namentlich zu Culturzwecken ausgeführten Anlagen verbunden sind, kommt hier nicht in Betracht, da dem Kläger das Beweiden des streitigen Terrains nicht blos erschwert, sondern ganz unmöglich gemacht ist, so lange Beklagter nicht in irgend einer ausreichenden Weise die zerstörte Verbindung zwischen beiden jetzt getrennten Theilen der Weidefläche wiederherstellt. Nicht minder irrelevant ist die, übrigens auch in thatsächlicher Hinsicht nicht unbestritten gebliebene Behauptung des Imploranten, daß der Kläger kein wesentliches Interesse daran habe, die Continuität der unstreitigen und der streitigen Wiesen aufrecht erhalten zu sehen, da jene sowohl wie diese überreichlich groß genug seien, seinen Heerden für einen Tag Futter zu gewähren, mithin nie das Bedürfniß entstehe, an demselben Tage von einer Seite des Quergrabens auf die andere hinüber zu treiben. Wolle er auf der streitigen Seite weiden, so könne er sein Vieh dorthin direct über den Grenzgraben führen und zurückführen lassen. Damit wird dem Kläger die ganz unstatthafte Zumuthung gemacht, den behaupteten einheitlichen Rechtsbesitz aufzugeben, um dafür eine von ihm gar nicht in Anspruch genommene selbständige Weidegerechtigkeit an den streitigen Wiesen in Besitz zu nehmen, wozu er sich erst noch durch eine bisher nicht vorhanden gewesene

Digitized by Google

Ueberbrückung des Grenzgrabens die Möglichkeit verschaffen müßte.

4. Mit vorstehenden Erörterungen stimmt das von einer Juristenfacultät in jetziger Instanz eingeholte Erachten völlig überein. Die Verfasser desselben deduciren gleichfalls, daß ein einheitlicher Servitutenbesitz an der ganzen in Rede stehenden Wiesenfläche rechtlich möglich und bestimmt behauptet sei. Sie kommen zu dem Resultate, daß wenn der Kläger den urtheilsmäßigen Beweis erbringe, jedenfalls in der vom Beklagten ausgeführten Verlängerung des Quergrabens eine Störung dieses Besitzes zu befinden sei, weil der Durchstich den Kläger hindere, den Wall in dessen ganzer von ihm behaupteten Längenausdehnung, von wo aus dann seinen Heerden die streitigen Wiesen nach wie vor offen stehen würden, zu beweiden. Dagegen soll die Vergrößerung der Breite und Tiefe des Grabens eine Besitzesstörung nur dann enthalten, wenn Kläger außer dem ihm bereits auferlegten auch noch den weiteren Beweis führt,

> daß bei Ausübung der Weidegerechtigkeit auf den städtischen Wiesen während des Zeitraums von Michaelis 1864 bis zum 13. Mai 1865 der Quergraben überschritten worden sei.

Es hat indessen auch bei weiterer Erwägung nicht anerkannt werden können, daß die angefochtene Sentenz in diesem Sinne zu Gunsten des Imploranten einer Aenderung bedürfe. In Betreff des fraglichen Grabens muß als streitlos festgehalten werden, daß dessen bisheriger Zustand dem Uebergange der Heerden von einer Seite zur andern kein wesentliches Hinderniß entgegenstellte; dies genügt aber, um die vorgenommene Veränderung als eine Störung im Besitze einer die ganze Wiesenfläche als ein einziges Object ergreifenden Weidegerechtigkeit erscheinen zu lassen. Der von der Facultät desiderirte Beweis kann dem Kläger nicht auf-



Digitized by Google

erlegt werden, weil er neben dem Besitze einer einheitlichen Weideservitut und unabhängig von demselben den Besitz eines besonderen Triftrechts gar nicht behauptet, sondern eben nur verlangt, daß der bisherige Zusammenhang der Wiesen nicht in einer die Rechtsübung wesentlich alterirenden Weise unterbrochen werde. Demgemäß hat das vorige Erkenntniß von der Führung des urtheilsmäßigen Beweises keineswegs die Verurtheilung des Beklagten zur völligen Wiederherstellung des früheren Zustandes abhängig gemacht, sondern ausdrücklich erklärt, daß eventuell immer nur die der Sachlage entsprechenden Veranstaltungen zur Hebung der libellirten Besitzstörung zu treffen sein werden. Auch den weiteren Nachweis, daß der Uebergang ohne Beschädigung des Grabens auszuführen war, hat Kläger nicht zu führen. Das Gegentheil versteht sich keineswegs von selbst, vielmehr hängt hier Alles von der Beschaffenheit des Grabens ab, und es wäre Sache des Beklagten gewesen, seine Behauptung, daß ohne Nachtheil für die bestehende Grabenanlage der Durchgang einer Viehheerde nicht habe geschehen können, thatsächlich zu begründen; daran hat er es aber gänzlich fehlen lassen.

## 26.

**Die einer Gemeinde zustehende Weidegerechtigkeit darf nicht durch Einzelhut ausgeübt werden.**

Ge. 50/1870 Strel.

Die Stadt F. befindet sich unbestritten in dem unvordenklichen Besitze der Weidegerechtigkeit an den angrenzenden landesherrlichen Forsten. — Für die Ausübung der städtischen Weidegerechtigkeit der Stadt F. besteht eine landesherrlich bestätigte Baugewerksordnung, in welcher bestimmt ist, daß alles Vieh in der Stadt dem Hirten vorgetrieben werden soll, daß aber, wenn

Digitized by Google

Einzelne ihr Vieh nicht auf die allgemeine Weide bringen wollen, sie dies den Bauherren anzeigen sollen und nach Befinden der Umstände von jener Vorschrift dispensirt werden können. — Der Beklagte, welcher eine solche Dispensation von dem Baugewerk erlangt hatte, ließ seine Schafe in den landesherrlichen Forsten abgesondert weiden; das Cammer- und Forstcollegium erhob aber deshalb gegen ihn die actio negatoria, indem es geltend machte, daß die der Stadt F. zustehende Weidegerechtigkeit das lästigere Recht der Einzelhut nicht einschließe, während Beklagter dies behauptete, daneben glaubte, daß das Cammer- und Forst-Collegium jedenfalls die landesherrlich bestätigte Baugewerksordnung anerkennen müsse, und sich eventuell darauf berief, daß die Weidegerechtigkeit stets in dieser Weise ausgeübt worden sei. — Die beiden vorigen Entscheidungen verwarfen die Einwendungen des Beklagten, ließen ihm aber den Beweis der seit unvordenklicher Zeit in dieser Weise geschehenen Ausübung der Weidegerechtigkeit frei, und das O.-A.-Gericht bestätigte dies mittels Decrets vom 23. Mai 1870 aus folgenden Gründen:

> Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits hängt nicht davon ab, ob die Stadt F. befugt ist, das ihr zustehende Weiderecht in der Weise auszuüben, daß sie die Heerde theilt und die weidepflichtigen Ländereien, statt mit einer Heerde, in getrennten, unter besonderen städtischen Hirten stehenden Abtheilungen behüten läßt; vielmehr handelt es sich hier um die davon ganz verschiedene Frage, ob die einzelnen Ackerbesitzer das Recht haben, oder die Stadt ihnen vermöge des ihr zustehenden Weiderechts die Erlaubniß ertheilen kann, ihr Vieh getrennt von der städtischen Heerde und unter eigenen Hirten auf die Weide zu bringen. Diese Befugniß ist der Regel nach in dem einer Stadt zustehenden Weiderechte nicht enthalten, weil sowohl factisch als auch rechtlich das Recht der Commüne, die weidepflichtigen Län-



Digitized by Google

vereien mit der gesammten städtischen Heerde oder verschiedenen Abtheilungen derselben beweiden zu lassen, und das Recht der einzelnen Communalglieder, ihr Vieh besonders und jeder für sich auf die Weide zu bringen, wesentlich verschieden sind, die letztere Behütungsart unzweifelhaft für den Besitzer des dienenden Grundstücks weit lästiger ist und bei der früher allgemein herrschenden Ueblichkeit, das Vieh der einzelnen Ackerbesitzer zu einer oder mehreren städtischen Heerden zu vereinigen, bei der Verleihung des Weiderechts an eine Stadt präsumtiv nur an eine solche Behütungsart gedacht ist, wie sie denn auch in F. im Art. 15 der Baugewerksordnung als Regel hingestellt wird.

Hieran wird auch durch Art. 16 der Baugewerksordnung Nichts geändert. — Ob dieser Artikel sich nur auf die städtische Feldmark oder auch auf die weidepflichtigen Domanialforstländereien bezieht, mag dahingestellt bleiben. Entscheidend ist, daß die Baugewerksordnung nicht ein vom Landesherrn publicirtes Gesetz oder der Stadt F. verliehenes Privilegium, sondern nur ein Landesherrlich bestätigtes Localstatut ist, wodurch die Stadt keine neuen Rechte erworben, sondern nur die zu ihrer Disposition stehenden Rechte ordnen konnte und wobei die landesherrliche Bestätigung daher auch nur die Bedeutung hat, derselben die Kraft eines alle Bewohner der Stadt bindenden Localstatuts beizulegen, in der landesherrlichen Bestätigung also auch die Zustimmung Serenissimi zu einer, überdies nicht einmal bestimmt und unzweideutig ausgesprochenen Erweiterung des der Stadt an den Landesherrlichen Forsten zustehenden Rechtes nicht gefunden werden kann.

Die Sache steht demnach nicht so, daß es sich im vorliegenden Streite nur um die Art der Ausübung des der Stadt F. unbestritten zustehenden und von ihr durch unvordenklichen Besitz erworbenen Rechtes, sondern um

Digitized by Google

eine, in diesem Rechte regelmäßig nicht enthaltene, weitergehende Befugniß handelt, zu deren Entstehung es eines besonderen Erwerbsgrundes bedarf und bei der also die eine Zeit lang Statt gefundene Ausübung sowie die angebliche stillschweigende Zustimmung der Kammer, insofern darin nicht die Bedingungen eines Erwerbes durch Verjährung gegeben sind, nicht in Betracht kommen.

---

## 27.

**Der emphyteutische Canon ist keine wahre Reallast. Der Emphyteuta haftet nicht für Rückstände aus der Zeit seines Vorbesitzers.** So. $200/_{1863}$ Str.

Ein Erkenntniß des O.-A.-Gerichts vom 3. Mai 1869 begründet obige Sätze in folgender Weise:

Die dingliche Natur des durch eine solche Vererbpachtung für den Emphyteuta begründeten Besitz- und Genußrechts und die, wenn auch an gewisse Erfordernisse gebundene, doch im Ganzen freie Veräußerlichkeit desselben hat zwar schon im Römischen Rechte die Folge gehabt, daß, wie die l. 3 C. de jure emphyt. (4, 66) zeigt, sobald nur der Emphyteuta bei von ihm geschehener Veräußerung des einmal bestehenden emphyteutischen Rechts das Veräußerungsgeschäft ordnungsmäßig zum Zweck der etwaigen Ausübung des Vorkaufsrechts sowie zum Zweck seiner Zustimmung zum Eintritt des neuen Erwerbers in jenes Recht dem Eigenthümer angezeigt hat, auf die ausdrückliche Ertheilung dieser Zustimmung selbst nichts weiter ankommt, und ebenso auch zur Begründung der mit dem bestehenden dinglichen Recht verknüpften obligatorischen Rechte und Verbindlichkeiten eine förmliche Erneuerung des emphyteutischen Contracts zwischen dem Eigenthümer und dem Singularsuccessor des ursprüng-

Digitized by Google

lichen Emphyteuta oder seiner Erben nicht weiter für erforderlich geachtet wird; vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandecten-Rechts §. 220 not. 3. — Auch hat der Eigenthümer es in seiner Macht, den neuen Erwerber, wenn derselbe etwa durch Berufung darauf, daß er seinerseits in diesen Contract nicht eingetreten sei, seine Verpflichtung zur Entrichtung des emphyteutischen Canons ablehnen wollte, indirect dadurch zu derselben zu nöthigen, daß er in diesem Falle das emphyteutische Grundstück mit der Eigenthumsklage wieder an sich ziehen kann, da das dingliche Besitzrecht des Emphyteuta und die darin liegende Beschränkung des Eigenthums, wie unsere Quellen lehren, von der fortdauernden Entrichtung des vectigal oder canon abhängig ist.

vgl. l. 1, l. 2 D. si ager vectigalis etc. (6. 3); l. 31 D. de pignorib. (20, 1).

Ebenso steht dem Eigenthümer aus diesem Grunde schon nach Römischem Rechte in Beziehung auf die Forderung des Canons wie des Solarium ein Vorzugsrecht vor demjenigen Gläubiger zu, welchem der Emphyteuta oder der Superficiar das emphyteutische Grundstück oder die Superficies verpfändet haben, da, wie der Verpfänder selbst, so auch der Pfandgläubiger und wer von ihnen erwirbt, nur durch Entrichtung dieser Pacht- oder Miethzinse sich im Besitz der betreffenden Grundstücke oder Rechte dem Eigenthümer gegenüber behaupten können, und es auch rechtlich so angesehen wird, als sei die Verpfändung nur mit Vorbehalt des dem Eigenthümer in Beziehung auf diese Gegenstände zustehenden Forderungsrechts geschehen.

vgl. Glück Commentar, Bd. XIX., S. 60 f.,
Dernburg Pfandrecht, Bd. I. S. 220 f. und
l. 16. §. 2. l. 17 D. de pigner. act. (13, 7)
l. 15. D. qui potior., in pignore etc. (20, 4).

Insofern kann daher in gewissem Sinne dem practischen

Digitized by Google

Erfolge nach die Verpflichtung zur Entrichtung des Canons als an den Besitz des emphyteutischen Grundstücks geknüpft, und der Canon als eine auf diesem Grundstück selbst ruhende, den Reallasten des deutschen Rechts zu vergleichende, dingliche Belastung aufgefaßt werden, eine Auffassung, welche auch in neuere Hypotheken-Ordnungen in bestimmtem Umfange übergegangen ist, und kann deshalb auch die von den Klägern geschehene Berufung auf den mit einem Vorbesitzer des Beklagten abgeschlossenen Erbpachtcontract und der dieserhalb demselben in der Sententia I. auferlegte Beweis, da er unbestrittener Maßen das betreffende Erbpachtgrundstück besitzt, ohne sich mit Erfolg auf eine geschehene Aufhebung des Erbpachtverhältnisses selbst berufen zu können, zur Begründung der Klage wie zur Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des seiner Besitzzeit entsprechenden Canons als genügend betrachtet werden.

Weiter zu gehen gestatten dagegen diese Prämissen nicht. Denn erscheint hienach auch die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Canons in der Weise an den Besitz des Erbpachtstücks geknüpft, daß Jeder, welcher in irgend einem Sinne als Rechtsnachfolger der früheren Erbpächter in diesen Besitz eintritt, dieselbe dadurch auf sich nimmt, so wird dadurch doch die rechtliche Natur des Canons als eines Pachtzinses nicht geändert, welcher für den gestatteten Gebrauch und Genuß des betreffenden Grundstücks dem Eigenthümer als dem Verpächter geschuldet wird, und als verpflichtetes Subject steht dem Eigenthümer der besitzende Emphyteuta nicht, wie bei den eigentlichen Reallasten des deutschen Rechts, das von ihm besessene Grundstück in der Weise gegenüber, daß der Besitzer nur als dessen Vertreter die auf dieses gelegte Schuld für dasselbe abzuführen hätte, eine Auffassung, die hier schon um deswillen für rechtlich unzulässig gehalten werden muß, weil es alsdann so anzusehen wäre,

Digitized by Google

als stände dem Eigenthümer ein jus in re oder ein dingliches Forderungsrecht an eigener Sache zu. Mit Recht hat daher auch Duncker, Die Lehre von den Reallasten §§. 14 u. 48, den emphyteutischen Canon als nicht zu diesen gehörend von denselben ausbeschieden, wie verbreitet auch die entgegengesetzte Anschauungsweise ist, welche auf einer nicht richtigen, weil zu weiten Bestimmung des Begriffs der Reallast beruht.

Demgemäß kann denn auch die an sich der Dunckerschen Auffassung des Wesens der Reallasten im eigentlichen und engeren Sinne entsprechende Entscheidung der Sententia II., wodurch in Abänderung der bezüglichen Determination der Sententia I. der Beklagte eventuell verpflichtet erklärt ist, den aus der Zeit seines Vorbesitzers noch rückständigen Canon gleichfalls mit abzuführen, nicht für richtig erkannt werden. Eine Reallast dieser Art liegt hier eben nicht vor, und wenn auch in neuester Zeit Windscheid in der zweiten Ausgabe seines Lehrbuchs des Pandectenrechts §. 220 not. 5 und 6 aus den in rat. 5 entwickelten Gesichtspunkten in Verbindung mit der in der l. 39 §. 5 D. de legatis I. enthaltenen Entscheidung unserer Rechtsquellen schon für das Römische Recht eine Haftung des gegenwärtigen Emphyteuta für die Rückstände aus der Zeit seines Vorbesitzers zu deduciren versucht hat, so rechtfertigen doch einmal die dort beregten Thatsachen, wie in rat. 6 gezeigt ist, für sich allein diese Consequenz nicht, und enthält andererseits, wie Wächter in seiner in der Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfakultät zu Leipzig, 1868, enthaltenen zweiten Ausgabe seiner Abhandlung über das Superficiar- oder Platzrecht, S. 95 ff. — siehe auch 86 ff. — zutreffend entwickelt hat, der Inhalt der l. 39 §. 5 cit. keinerlei Nöthigung, das darin erwähnte solarium für die dem Inhaber einer Superficies gerade obliegende Grundmiethe, und nicht vielmehr gleich den sonst in dieser Stelle erwähnten

Digitized by Google

Lasten für eine derjenigen öffentlichen Abgaben zu halten, hinsichtlich deren in der Römischen Steuerverfassung die Ansicht zu gesetzlicher Geltung gelangt war, daß sie auf dem davon betroffenen Grundstücke selbst ruheten, in der Weise, daß sie als eine von dem jeweiligen Besitzer dieses abzuführende Schuld des Grundstücks als solchen behandelt wurden, wie aus der l. 7 pr. D. de publicanis (39, 4), l. 36 D. de jure fisci (49, 14), l. 2 C. de annon et tribut. (10, 16), und anderen von Duncker schon a. a. O. S. 58 f. angeführten Stellen sich ergiebt. Auch enthält das Römische Recht, welchem danach für Staats- und Communalabgaben der Begriff der Reallast schon geläufig war, sonst keine Spur einer Uebertragung dieses Begriffes auf solche Leistungen, welche, aus privatrechtlichen Vertragsverhältnissen entspringend, zu dem Grundbesitz in irgend einer Beziehung stehen.

Endlich kann aber auch aus dem Umstande, daß die meisten unserer neueren Hypotheken-Ordnungen, vgl. insbes. die Revidirte Hypotheken-Ordnung für Landgüter vom 18. October 1848 §. 5 nr. 3 und §. 32 nr. 2, die Revidirte Stadtbuch-Ordnung vom 21. Decbr. 1857 §. 2 II. 2 b. §. 11 nr. 2, 3 und §. 34 nr. 2 u. 4 Abs. 2, die Domanial-Hypotheken-Ordnung vom 24. März 1832 §. 2. Erste Hauptabtheilung sub c. und §. 16 sub 3, desgl. die Hypotheken-Ordnung für die ritterschaftlichen Hintersassen vom 6. Februar 1855 §. 2 A. 4 und §. 17 nr. 3, von dem Standpunkt aus, daß nur das s. g. nutzbare Eigenthum wesentlich reale Bedeutung hat, den Erbpachtcanon als eine dingliche Belastung des Grundstücks selbst auffassen und demgemäß, wie schon in not. 5 angedeutet worden, der Forderung des rückständigen Canons nicht nur im Concurse des Besitzers ein dingliches Vorzugsrecht vor den eingetragenen Hypothekenschulden, wenn auch in zeitlicher Beschränkung, einräumen, sondern einige derselben, nämlich die citirte Domanial-Hy-

Digitized by Google

potheken-Ordnung §. 17 Abs. 3 und die Revidirte Stadtbuch-Ordnung §. 44 sub 2 in gleicher Weise diesen Rückständen auch außerhalb des Concurses bei eingetretenen Eigenthumsveränderungen ein dingliches Recht zusprechen, hier zu Gunsten der Kläger um deswillen nichts abgeleitet werden, weil Inhalts der Parteiverhandlungen über die Beschaffenheit des betreffenden Hypothekenbuchs nichts Näheres feststeht, dagegen aber es als gewiß zu betrachten ist, daß eine Eintragung des libellirten Canons in dasselbe nicht stattgefunden hat.

---

## 28.

### Superficies. Ga. 524/1866.

In der Stadt G. besteht seit einer langen Reihe von Jahren unter dem Namen „Societät" oder „Clubbgesellschaft" ein geselliger Verein, der sich für seine Zwecke aus Vereinsmitteln ein eigenes, im Laufe der Zeit mehrfach verändertes und erweitertes Local errichtet hat. Das dazu erforderliche Areal hat die Stadt gegen eine jährliche Abgabe, die anfangs 1 Thlr. betrug und später durch Vereinbarung auf $1^1/_2$ Thlr. erhöht wurde, hergegeben. Näheres ist über den Inhalt dieses Ueberlassungsvertrages, der gegen Ende des vorigen oder zu Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts geschlossen sein wird, nicht bekannt; eine schriftliche Urkunde existirt darüber nicht. Nur soviel ist gewiß, daß die Ueberlassung zu dem angegebenen Zwecke erfolgt ist, daß die Societät bis jetzt über den ihr eingeräumten Platz und die darauf errichteten Baulichkeiten unangefochten in freiester Weise disponirt und jedes Jahr die vereinbarte Abgabe entrichtet hat, welche in den von den Cämmereiberechnern der Stadt ausgestellten Quittungen anfangs als „jährliche Recognition", dann als „Grundheuer", später als „Miethe für das Societätsgebäude"

Digitized by Google

und zuletzt als „Miethe für den Grund und Boden“ bezeichnet ist. Auf Grund dieser streitlosen Thatsachen hatte nun der Magistrat auf gegebene Veranlassung in einem amtlichen Schreiben die Ansicht ausgesprochen, daß durch jenen Vertrag nur ein kündbares Zeitpachtverhältniß begründet sei, und dies bewog die Vereinsmitglieder, welche sich ein nicht näher bezeichnetes dingliches Recht an dem Vereinsgrundstück zuschrieben, auf Anerkennung dieses „Nutzeigenthums“ zu klagen.

Nach verhandelter Sache erkannte der erste Richter die Klage zwar für begründet, forderte aber von den Klägern noch den Beweis, daß der beklagte Magistrat zu der behaupteten Zeit den damaligen Mitgliedern der Gesellschaft das betreffende Grundstück in einem Vertrage zum nutzbaren Eigenthum gegen Entrichtung einer jährlichen Recognition von 1 Thlr. überwiesen habe. Auf Berufung der Kläger erklärte jedoch das O.-A.-Gericht durch Erkenntniß vom 2. März 1867 diesen Beweis für unnöthig, da die Klage nicht blos begründet, sondern auch liquide sei.

Gründe:

Die Kläger haben das von ihnen geltend gemachte dingliche Recht zwar nur mit dem unbestimmten Namen „Nutzeigenthum“ bezeichnet, unter welchem die vulgäre Rechtssprache alle die mannigfaltigen, theils dem Römischen, theils dem Deutschen Systeme angehörenden Nutzungsrechte an fremder Sache, die nach Inhalt und Dauer über das Maß eines einfachen Nießbrauchs hinausgehen, zusammenfaßt; ja sie haben, um in dieser Beziehung nicht fehlzugreifen, die Anwendung einer eigentlich technischen Bezeichnung sogar geflissentlich vermieden. Dafür haben sie aber das prätendirte Recht so ausreichend beschrieben, daß über dessen Natur und Bedeutung kein Zweifel bleibt, und darauf allein kommt es an. Gegenstand des Rechtsstreits ist der nach Lage und Begrenzung genau bezeichnete Platz im Stadtholze, wo das Clubbhaus steht. Der Platz ist der klagenden

Digitized by Google

Gesellschaft schon zu Ende des vorigen oder im Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts gegen eine, später um 24 Schill. N²/₃ erhöhte jährliche Abgabe von 1 Thlr. N²/₃ vom Magistrate zur Errichtung eines Locals für die geselligen Zusammenkünfte der Mitglieder des Clubbs überwiesen und ist demgemäß von der Gesellschaft aus ihren Mitteln bebaut worden. Das dingliche Recht, in dessen Besitze die Kläger geschützt sein wollen und dessen richterliche Anerkennung sie gleichzeitig erstreben, besteht hienach in dem Haben eines Gebäudes auf fremdem Boden, um darüber gleich einem Eigenthümer zu verfügen, ist also ein superficiarisches Recht.

l. 9 §. 4 D. de damno infecto (39, 2),
l. 74 D. de rei vindicatione (6, 1).

Daß nicht der ganze, übrigens nur 116 □Ruthen haltende Platz von den bisher darauf errichteten Baulichkeiten eingenommen wird, sondern noch ein zu Anlagen verwendeter Raum übrig ist, auf welchem die Besucher des Clubbhauses sich im Freien aufhalten und ergehen können, ist außerwesentlich, da dieser Raum lediglich als eine Pertinenz des Hauses, welches die Hauptsache bildet, sich darstellt.

Von den soeben erwähnten Klagethatsachen ist die geschehene Ueberlassung des streitigen Grundstücks zu dem angegebenen Zwecke vom Beklagten zugestanden, derselbe leugnet aber, daß durch diesen Vertrag den damaligen Mitgliedern der Clubbgesellschaft ein dingliches Recht eingeräumt sei. Eine auf Constituirung eines Nutzeigenthums gerichtete ausdrückliche Vereinbarung haben Kläger nicht behauptet, und es kann sich daher nur fragen, ob der Ueberlassungsvertrag seinem übrigen streitlosen Inhalte nach ihrer Gesellschaft ein solches Recht verschafft hat. Die Frage ist unbedenklich zu bejahen. Gegenstand der vertragsmäßigen Bestellung eines superficiarischen Rechts kann nicht blos ein schon bestehendes, sondern auch ein Gebäude sein, welches

Digitized by Google

der Superficiar auf einer zu diesem Behufe gemietheten Grundfläche erst noch errichten will.

l. 2 D. hoc titulo (43, 18)
l. 18 §. 4 D. de damno infecto (39, 2).

Der Vertrag, durch welchen ein superficiarisches Recht begründet wird, hat bekanntlich ganz regelmäßig die Form einer Miethe, und wenn der Eigenthümer eines städtischen Grundstücks dasselbe für immer oder für einen ungewöhnlich langen Zeitraum vermiethet, so wird in Ermangelung einer entgegenstehenden Abrede angenommen, der Vermiether habe dem Miether nicht blos einen mit der actio conducti verfolgbaren obligatorischen Anspruch, sondern auch das in Rede stehende selbständige dingliche Recht einräumen wollen.

l. 1 §§. 1, 3 D. hoc titulo (43, 18),
Schröter, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 2 S. 244 ff.

Diese Auslegung des Vertragswillens ist gerade in dem Falle am sichersten zutreffend, wenn ein unbebauter Platz ohne Zeitbeschränkung vermiethet ist, damit der Miether sich darauf zu einem dauernden Zwecke auf seine Kosten ein Haus baue. In diesem Falle drängt sich die Vorstellung, auf welcher das Recht der Superficies beruht, daß Jemand ein eigenes Gebäude auf fremdem Boden habe,

Windscheid, Pandecten §. 223,

am unmittelbarsten auf, und die Intention der Contrahenten ist demnach so aufzufassen: der Bauplatz solle dem Vermiether zwar verbleiben, das zu erbauende Haus aber dem Miether gehören, das heißt juristisch ausgedrückt, dem Miether solle, wenngleich das Gebäude, als ein integrirender Bestandtheil des Bauplatzes, in das Eigenthum des Vermiethers übergehe, ein dingliches Recht an dem ganzen Grundstücke zustehen, welches ihm die freie Verfügung über das Gebäude gewähre. Ein beachtliches Argument gegen diese Inter-

Digitized by Google

pretation des Vertragswillens ist für den vorliegenden Fall daraus nicht zu gewinnen, daß einmal die Clubbgesellschaft zu einer Erhöhung des ursprünglich vereinbarten Miethzinses sich verstanden hat. Diese unerhebliche Modification des Grundvertrages ließ dessen wesentlichen Inhalt unberührt und würde nur dann von Bedeutung sein, wenn Beklagter behauptet hätte, er habe unter Aufkündigung des bisherigen Miethsverhältnisses die Abschließung eines neuen zu erhöhtem Zinse proponirt, und die Gesellschaft sei auf diese Proposition eingegangen.

---

## 29.

**Ueber das gesetzliche Pfandrecht Bevormundeter am Vermögen ihrer Vormünder.** Re. 726/1868.

Im Concurse des R., welcher als Curator eines Verschollenen dessen Vermögen veruntreuet hatte, meldete der neu ernannte Curator die unterschlagene Summe an und nahm für diese Forderung eine Generalhypothek in Anspruch. Nachdem das Concursgericht ihn demgemäß locirt hatte, wurde er auf Appellation der dadurch benachtheiligten Concursgläubiger unter die Chirographarien verwiesen, und dieser Richterspruch durch Bescheid vom 10. December 1868 bestätigt.

Gründe:

Die cura absentis hat nach Römischem wie nach dem Gemeinen deutschen und unserem besonderen einheimischen Rechte die Natur und Bedeutung einer cura bonorum; und wenn auch in der Theorie und Praxis darüber gestritten worden ist, ob das nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nur den Minderjährigen und Wahnsinnigen an dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren zustehende generelle Pfandrecht auch allen übrigen bevormundeten Personen

Digitized by Google

an dem Vermögen ihrer Vormünder einzuräumen sei, so wird doch von eben denjenigen Schriftstellern, welche diese Ausdehnung vertheidigen, ganz bestimmt anerkannt, daß in den Fällen einer bloßen cura bonorum das Gleiche nicht anzunehmen sei, welche abweichende Behandlung einfach daraus sich erklärt, daß man für die Ausdehnung jenes gesetzlichen Pfandrechts sich durch die Rücksicht auf das bevormundeten Personen aller Art schon nach älterem Römischen Rechte zugestandene privilegium exigendi leiten ließ, dieses aber in den Fällen einer cura bonorum ganz ausdrücklich versagt wird.

Vgl. l. 19 §. 1, ll. 20, 21, 22 pr., 23 D. de rebus auctoritate judicis possidendis (42, 5) mit l. 22 §. 1 l. 24 D. eod., und Erxleben, principia de jure pignorum et hypothecarum (Gottingae 1779),
Glück, Commentar XIX, S. 147—154 und XXXIII. S. 117 ff., S. 259 ff., insbesondere S. 275, 277,
Sintenis, gemeines Civilrecht (2. Ausgabe) I. Seite 630 nr. 8 und III. Seite 291 zu Note 4,

desgleichen

Dernburg, Pfandrecht I. S. 369.

Eben deshalb schreibt daher auch unsere einheimische Verordnung vom 8. März 1774, im Anschluß an die von Glück a. a. O. XXXIII. S. 259 ff. dargestellten gemeinrechtlichen Grundsätze über die Behandlung des Vermögens verschollener Personen, in den §§. 1 u. 3 ganz ausdrücklich vor, daß Derjenige, welchem die Verwaltung des Vermögens des Abwesenden anvertrauet wird, zuvor zur Bestellung einer genügenden Caution angehalten werden soll, wogegen in dieser Verordnung so wenig wie in den späteren sie ergänzenden Verordnungen von einem dem Abwesenden an dem Vermögen seines Curators zustehenden gesetzlichen Pfandrechte die Rede ist, oder ein solches auch nur als bestehend vorausgesetzt wird.

---

Digitized by Google

## 80.

### Handhabend Pfand. Fi. 531/1869.

Rostocker Stadtrecht. Art. 4. 5. 11. III. 4. *)

Im Concurse des Conditors F. hatte der Adv. M. eine nicht unerhebliche Forderung rechtzeitig liquidirt und sodann nach Erlaß des Praeclusivbescheides angezeigt, daß er auch noch ein Faustpfand an der Marktbude des Gemeinschuldners habe, an welches er sich halten werde, sofern er für seine Forderung im Concurse unbefriedigt bleibe; im entgegengesetzten Falle werde er das Pfandobject an die Masse herausgeben. Aus den vorgelegten Urkunden ergab sich, daß der Cridar am 12. Februar 1864 dem Adv. M. ein Faustpfandrecht an der Bude zugesagt hatte gegen die ihm eingeräumte Befugniß, dieselbe an Markttagen für seine Zwecke zu benutzen, so lange er seine Verpflichtungen gegen den Pfandgläubiger erfülle. Zur Ausführung dieses Vertrages hatten sich die Contrahenten in das Lokal des Holzhändlers E. begeben, wo die Bestandtheile der Bude außerhalb der Marktzeiten ihren zu diesem Zwecke gemietheten Lagerplatz hatten. Dort war vom Cridar dem E. die Erklärung abgegeben, daß er den

IV.

*) Wann einer dem andern Geld fürstrecket auf sein bewegliches Erbe und Guth, und dasselbe tradirt und angewiesen wird, also daß es sein Handhabend Pfand wird, daran hat der Verpfänder seine Wiederlösung, verstattet aber derjenige, der die Wiederlösung hat, daß das versetzte Guth an andere Oerter gebracht oder sonsten verwandelt oder verändert werden möge, so höret die Wiederlösung auf.

V.

Wiederum versetzet einer etwas von seinem beweglichen Guth und übergiebt es als ein Handhabend Pfand; verstattet denn derjenige, dem das Guth verpfändet war, daß dasselbe an andere Oerter gebracht oder sonsten verwandelt oder verändert, und also aus seiner Gewehr kömmt, so ist es nicht mehr sein Pfand, und ist also derjenige, welcher ein Handhabend Pfand hat, näher dabei zu bleiben, dann von andern davon zu treiben.

XI.

Hat jemand ein Handhabendes Pfand, der hat nicht nöthig, sich in dem Concurs zu melden, sondern behält solches, es wäre denn, daß die übrigen Creditores ihm seiner ganzen Forderung halber mit Einbegrif der Zinsen befriedigten.

Digitized by Google

Besitz der Bude seinem mitanwesenden Gläubiger abtrete, worauf der M. zum Zeichen der Besitzergreifung ein dazu gehörendes Stück angefaßt hatte. Zur Zeit der Concurseröffnung wurde die Bude in dem E'schen Lokale vorgefunden und vom Güterpfleger in das Verzeichniß der Massenobjecte aufgenommen.

Durch das Prioritätsurtheil wurde der Anspruch des Pfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse dieser Pfandsache abgewiesen, in zweiter Instanz aber als nach Rostocker Stadtrecht begründet anerkannt. Das O.-A.-Gericht stellte indessen durch Erkenntniß vom 1. März 1869 den ersten Spruch wieder her.

## Gründe.

Unzweifelhaft erlangt der Gläubiger durch constitutum possessorium den Pfandbesitz und verliert denselben dadurch nicht, daß er durch einen darüber mit dem Verpfänder geschlossenen Mieth- oder Leihecontract die Sache aus seiner Detention bringt, sowie auch die Wirkungen, welche das römische Recht an jenen Besitz knüpft, noch immer in voller Geltung stehen. Aber der zu dem vorliegenden Falle gehörige Rechtssatz, es sei derjenige, welcher ein Handhabend Pfand habe, näher dabei zu bleiben, dann von Andern davon zu treiben (Rostocker Stadtrecht III. 4. Art. 5.), ist deutschrechtlichen Ursprungs und steht mit den römischen Lehren über den Vorzug der älteren, der privilegirten, der öffentlichen Hypothek im graden Widerspruch. Es ist daher jene Stelle aus dem deutschen Rechte zu erklären. Ursprünglich entstand nach demselben nicht anders ein Pfandrecht an fahrender Habe, als wenn die Sache in den realen Besitz des Gläubigers übertragen wurde, so daß sie aus dem Gewahrsam des Schuldners kam, und wenn sich dieses auch geändert hat, so ist doch die Sicherheit, welche eben der Naturalbesitz dem Gläubiger gab, davon nicht abgetrennt worden. Der Titel 4 des dritten Theils des Rostocker Stadt-



Digitized by Google

rechts spricht in den Artikeln, welche von Verpfändung beweglichen Gutes handeln, durchgängig nur von Verpfändung mit Einräumung des Naturalbesitzes. Die Ausdrücke „handhabend Pfand, ein Gut versetzen" weisen schon darauf hin. Der Artikel 4 giebt geradezu solche Erklärung vom handhabenden Pfand, der Artikel 5 stellt für solches Pfand den obenangeführten Rechtssatz auf, und bestimmt, daß es, wenn es aus der Gewere des Gläubigers komme, nicht mehr dessen Pfand sei. Der Artikel 11 erklärt sich aus Artikel 5 und spricht wiederum geradezu von dem Gläubiger, der ein handhabendes Pfand hat. Sonach kann sich der Creditor auf diese Artikel nicht anders berufen, als wenn ihm die Verpfänder das Pfandobject in Naturalbesitz gegeben und er diesen nicht wieder dem Verpfänder überlassen hat.

Cf. Tanck, de navi oppignor. ad art. VI. Tit. IV. Lib. III. jur. Lubec. §. III.—X. in Gesterding's thesaur. jur. Lubec. p. 56.

Balthasar, coll. jur. comm. qua classific. creditor. p. 25. nr. IV.

Die Erklärungen, welche sich die Paciscenten Inhalts des Protocolles vom 25. April 1864 in re praesenti machten, sind genügend zur Erwerbung des juristischen Besitzes Seitens des Pfandgläubigers und man kann selbst zugeben, daß das zur Marktbude gehörige Laken, ungeachtet es anscheinend nicht mit zur Stelle war, davon mit ergriffen wurde. Aber der Vorgang läßt nur eine Uebertragung des Besitzes mittels constitutum possessorium erkennen. Denn die Tradition geschah auf Grund der Acte vom 12. Februar 1864, in welcher dem Cridar gestattet war, die Marktbude, so lange er seine Verpflichtungen gegen den Liquidanten erfüllen werde, für seine Zwecke leihweise zu benutzen. Die Räumlichkeit, in welcher sie mit den andern, von ihm gleichfalls, nur bei gewissen Gelegenheiten in Gebrauch kommenden

Digitized by Google

Sachen aufbewahrt wurde, war von ihm gemiethet; dies Verhältniß änderte sich durch die Tradition nicht, und die Sachen blieben an der bisherigen Stelle und selbst dann in der Detention des Cridars, wenn der Holzhändler E. den Schlüssel zu der Räumlichkeit hatte. Dadurch, daß Letzterer von dem Cridar mit dem Vorhaben, dem Liquidanten den Besitz der Bude einräumen zu wollen, bekannt gemacht wurde, ging die Detention nicht auf E. über und es fehlt jegliche dahin gehende Erklärung, daß dieser die Detention fortan nur im Namen des Adv. M. ausüben solle. Dem Cridar blieb vielmehr der Zutritt nach wie vor offen, und wird sich dies, so oft er die Markthude zu seinen Zwecken gebrauchte, gezeigt haben. Das Privilegium des Artikel 11 cit. ist demnach im vorliegenden Falle nicht anwendlich.

Ohnehin hat M. seine Forderungen, die ihm später noch zu Stadtbuch versichert worden, auf das im Debitwesen erlassene Proclam angemeldet und ohne Rücksicht auf das Faustpfand Befriedigung aus der Debitmasse in prioritätsmäßiger Ordnung gesucht, also von der Bestimmung des Artikel 11, nach welcher er sich (cf. Rost, Verordnung vom 2. September 1822 §. 35 nr. 3 bei Blanck S. 282) in den Concurs nicht einlassen durfte, keinen Gebrauch gemacht. Die Anzeige, welche er am 13. April machte, war verspätet, da er durch den am 12. ejusd. dem curator bonorum insinuirten Bescheid vom 8. ejusd. seines fraglichen Pfandrechts bereits für verlustig erkärt worden, auch die bezügliche Auflage in dem Proclam vom 16. Januar 1867 mit dem Artikel 11 nicht in Widerspruch steht.

---



Digitized by Google

## 31.

## Zur l. un. C. etiam ob chirograph. (8. 27.)

Re. $735/_{1869}$.

Am 4. Februar 1869 wurde der Aussteller eines eigenen Wechsels, welcher am 20. Jan. fällig gewesen und am 2. Febr. vergebens zur Zahlung präsentirt war, auf die Wechselsumme nebst 6% Zinsen seit der Präsentation vom Remittenten belangt. Unbestritten hatte die Ehefrau des Beklagten schon am Verfalltage jedenfalls vor dem 2. Februar im Auftrage ihres Mannes dem Kläger Baarzahlung der Valuta angeboten, war aber unverrichteter Sache wieder fortgegangen, weil der Kläger sich geweigert hatte, mit dem quittirten Wechsel auch das Werthpapier herauszugeben, welches unter der Wechselurkunde als deren „Hinterlage" bezeichnet und dem Kläger zur Sicherung des Anspruchs pfandweise vom Beklagten übergeben war. Der auf diesen Vorgang gebauten Einrede gegenüber hielt Kläger replicirend an dieser Weigerung fest, weil er das Pfand für zwei andere fällige Wechsel des Beklagten, welche mit Blancoindossament in seinen Besitz gekommen waren, retiniren zu dürfen meinte.

Das erstinstanzliche Gericht erkannte ganz in Gemäßheit der Klagbitte, in zweiter Instanz wurde dagegen der Kläger völlig abgewiesen und das O.-A.-G. entschied auf weitere Appellation durch Urtheil vom 10. April 1869:

daß der Beklagte zwar die geforderten Verzugszinsen nicht zu entrichten habe, im Uebrigen aber schuldig sei, die Wechselsumme binnen 3 Tagen, nachdem Kläger sich bereit erklärt haben wird, bei Empfang der Zahlung mit dem quittirten Wechsel auch den unter demselben als Hinterlage bezeichneten Hypothekenschein herauszugeben, bei Strafe wechselmäßiger Hülfsvollstreckung zu bezahlen.

Gründe:

1. Die aus dem libellirten trocknen Wechsel vom Remittenten gegen den Aussteller erhobene Klage ist nicht bloß

Digitized by Google

unzweifelhaft begründet, sondern auch liquide, da der Beklagte die Echtheit seiner Unterschrift anerkannt hat. Dasselbe gilt aber auch von der vorgeschützten Einrede, welche den eigentlichen Gegenstand dieses Rechtsstreites bildet. Sie beruhet auf der Behauptung, daß die Ehefrau des Beklagten schon am Verfalltage, mit den erforderlichen Geldmitteln versehen, sich zum Kläger begeben und Namens ihres Ehemannes zur Einlösung des Wechsels bereit erklärt, die Zahlung jedoch unterlassen hat, weil Kläger sich weigerte mit dem quittirten Wechsel auch den unter dieser Urkunde als „Hinterlage" bezeichneten Hypothekenschein zurückzugeben. Diese Thatsachen sind, abgesehen von zwei ganz unwesentlichen Nebenpunkten, zugestanden. In der erstinstanzlichen Verhandlung hat Kläger auf die gegnerischen Angaben nur erwidert, er erinnere sich nicht mehr und müsse daher bestreiten, daß ihm bei jener Gelegenheit die Wechselsumme reell offerirt sei. Es ist indessen einleuchtend, daß die Mandatarin des Beklagten gar keinen Anlaß hatte, das Geld, welches sie angeblich bei sich trug, vorzuzeigen und aufzuzählen, wenn sie nur gegen Rückgabe des Hypothekenscheins zu zahlen beauftragt und Willens war, der Kläger aber sogleich bestimmt erklärte, daß er diesem Begehren nicht entsprechen werde. Dieser entschiedenen Weigerung gegenüber würde eine Realofferte eine ganz nutzlose, leere Formalität gewesen sein, welche ohne Nachtheil für den Beklagten unterbleiben konnte, wenn er berechtigt war die Einlösung des Wechsels von der Rückgabe der Hinterlage abhängig zu machen. Unter derselben Voraussetzung ist es ferner gleichgültig, ob jenes Zahlungserbieten, wie der Beklagte, ohne in den früheren Instanzen auf Widerspruch gestoßen zu sein, behauptet, schon am Verfalltage, also am 20. Januar d. J., oder, wie Kläger jetzt sagt, erst am 24. desselben Monats stattgefunden hat. Der Beklagte war auch an die-

Digitized by Google

sem Tage, da ihm der Wechsel unbestrittener Maßen erst am 2. Februar zur Zahlung vorgezeigt ist, noch nicht in mora solvendi; denn die dem indossabeln Wechsel eingeschaltete Clausel, daß am Verfalltage ohne weitere Präsentation zu zahlen sei, verpflichtet den Schuldner nur dann, sich zur Einlösung beim Remittenten einzustellen, wenn ihm angezeigt ist, daß der Wechsel sich noch unbegeben in dessen Händen befinde. Jedenfalls würde eine bereits eingetretene mora durch ein an sich genügendes, wiewohl verspätetes, Zahlungserbieten purgirt sein, und eine ungerechtfertigte Ablehnung der Offerte würde den Gläubiger in moram accipiendi versetzt, nach bekannten Rechtsgrundsätzen aber den Schuldner niemals verpflichtet haben, die Schuldsumme zu deponiren.

2. Daß der fragliche Hypothekenschein lediglich für die jetzt libellirte Wechselforderung bei ihm hinterlegt sei, giebt Kläger zu, er will aber ein von der Tilgung dieser speciellen Pfandschuld unabhängiges Retentionsrecht wegen anderer gegen den Beklagten ihm angeblich zustehenden Forderungen auf Grund der l. un. Cod. etiam ob chirogr. (8. 27.) daran ausüben. Zu diesem Zwecke nimmt er Bezug auf zwei Wechsel des Beklagten, welche mit den Blancoindossamenten der Remittenten in seinen Händen sind. Dagegen ist indessen schon vom vorigen Richter treffend bemerkt, daß ein gelöstes Pfand in Gemäßheit jener Gesetzesstelle nur wegen solcher Forderungen retinirt werden kann, zu deren Begründung der Schuldner selbst den Credit des Pfandgläubigers benutzt hat, wohin diejenigen nicht gehören, welche Letzterer durch einen ohne Mitwirkung des Schuldners zu Stande gekommenen Uebertragungsact erworben hat. Dieses die lex unica cit. auf den vorliegenden Fall ausschließende Argument wird durch den vom Kläger vorgebrachten Umstand, daß die beiden erwähnten Wechsel die sogenannte hypothe-

Digitized by Google

karische Clausel enthalten, offenbar nicht beseitigt, auch versteht es sich von selbst, daß die mit den Wechselforderungen zu deren Sicherung dem Kläger überkommene Generalhypothek ihm nicht das Recht verleihet, ein einzelnes, aus einem anderen Rechtsgrunde in seiner Detention befindliches Vermögensobject des Schuldners der freien Disposition desselben zu entziehen.

3. Hienach ist die auf ein vermeintliches Retentionsrecht gebauete Replik durch das vorige Urtheil mit Recht für völlig ungeeignet erklärt, die vom Beklagten vorgeschützte, aus dem Wechsel selbst hervorgehende, überdies gegen den Kläger persönlich gerichtete und durch dessen Zugeständniß liquide gemachte Einrede zu elidiren. Die Letztere kann aber nicht, wie die ihrem ganzen Inhalte nach angefochtene sententia nunc a qua annimmt, zu einer reinen Abweisung des Klägers führen, sondern in der Hauptsache nur eine dilatorische Wirkung dahin äußern, daß eine Verurtheilung des Beklagten zur Zeit nicht erfolgen kann und dem Kläger die Kosten des ohne Grund erhobenen Rechtsstreites allein zur Last fallen, während der Nebenanspruch auf Verzugszinsen beim Mangel einer mora solvendi allerdings definitiv abzuweisen ist. Der Beklagte erkennt ja an, daß er die Wechselsumme schuldig sei und daß diese Schuld noch jetzt ungetilgt fortbestehe. Diesem Anerkenntnisse gegenüber kann ein rein freisprechendes Erkenntniß nicht erfolgen, vielmehr ist der jetzt abzugebende Richterspruch so zu fassen, daß damit die Verbindlichkeit des Beklagten zur Einlösung des libellirten Wechsels nicht schlechthin, sondern nur zur Zeit und so lange der Kläger die Herausgabe des hinterlegten Hypothekenscheins verweigert, negirt wird.

---

Digitized by Google

# C. Obligationenrecht.

## 32.

**Ausrichtung eines übernommenen Auftrags durch einen Stellvertreter. Rechtsverhältniß zwischen dem Mandatar und seinen Substituten.**

Bo. 1183/1869.

Der Kaufmann Z. hatte im Jahre 1853 an einem überseeischen Platze sich niedergelassen und vor seiner Uebersiedelung dem Kaufmann B. in Hamburg Generalvollmacht zur Besorgung aller seiner hiesigen Rechtsangelegenheiten ertheilt mit der ausdrücklich eingeräumten Befugniß, sich bei der Ausrichtung bestimmter einzelner Geschäfte vertreten zu lassen. Als nun im Jahre 1867 dem Z. die Erbschaft einer in Mecklenburg verstorbenen Anverwandten zugefallen war, beauftragte B. den am Erbschaftsorte wohnenden Notar R. mit der Regulirung dieses Nachlasses, indem er seine Generalvollmacht vorlegte, auf die darin enthaltene Substitutionsclausel hinwies, und die auf den Erbfall bezüglichen Documente beifügte. R. übernahm den Auftrag, erwirkte das Erbenzeugniß, versilberte den Mobiliarnachlaß und erhob ausstehende Forderungen. Die endliche Erledigung der Sache dauerte indessen dem B. zu lange, er nahm daher die Vollmacht zurück, gleichzeitig einen andern Stellvertreter ernennend, und klagte sodann gegen R., der die Rechtsbeständigkeit dieser Maßregel nicht anerkennen wollte, auf Rechnungslegung, Auszahlung der vereinnahmten Nachlaßgelder und Rückgabe der anvertrauten Papiere. Beklagter berief sich hiergegen auf die demnächst streitlos gebliebene Thatsache, daß Z. inzwischen verstorben, mithin das von diesem dem Kläger ertheilte Mandat erloschen sei, und machte weiter geltend, daß er aus dem vorliegenden Geschäfte, welches der Kläger im Namen und Auftrage eines Dritten geschlossen habe, eben nur dem Auftraggeber, und jetzt dessen Erben verhaftet sei.

Digitized by Google

Der erste Richter verurtheilte den Beklagten der Klagbitte gemäß, in zweiter Instanz wurde die Klage angebrachter Maßen abgewiesen und das O.-A.-Gericht stellte durch Erkenntniß vom 26. April 1869 das erste Urtheil wieder her.

Gründe:

1. Der durch §. 3 der Publications-Verordnung vom 28. December 1853 zu allgemeiner Geltung erhobene Ausspruch des Artikels 52 des Handelsgesetzbuches, daß durch das Rechtsgeschäft, welches ein Bevollmächtigter seiner Vollmacht gemäß im Namen des Principals geschlossen hat, der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet wird, zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten dagegen das so geschlossene Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten erzeugt, enthält in Wirklichkeit nur die Anwendung und Bestätigung eines Grundsatzes, welcher sich gewohnheitsrechtlich in der Praxis des gemeinen Rechts längst festgestellt, jedoch in der Theorie hinsichtlich seiner Begründung und der daraus abzuleitenden Folgerungen nach verschiedenen Seiten hin noch bestritten geblieben war. Derselbe reicht dem gemäß auch nicht weiter, wie dieser durch ihn zu unbestrittener gesetzlicher Anerkennung erhobene Grundsatz selbst, und läßt einerseits, indem er die Wirksamkeit des bestehenden Stellvertretungsverhältnisses nach außen hin bestimmt, die innere Seite desselben, das zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter bestehende Rechtsverhältniß, worauf des Letzteren Vertretungsbefugniß beruht, unberührt, schließt andererseits aber auch keineswegs es aus, daß der ausdrücklich erklärte oder sonst erkennbarer Weise in dem Inhalt und Wesen des bezüglichen Rechtsgeschäfts hervortretende Wille der unmittelbar mit einander contrahirenden Personen ein anderes Ergebniß herbeiführt.

2. In ersterer Beziehung bleiben daher auch die aus dem Mandat als Grundlage eines solchen Stellvertretungs-

Digitized by Google

verhältnisses sich ergebenden Rechte und Pflichten des Mandanten, wie des Mandatars, hiedurch insofern unverändert, als der Mandatar trotz der unmittelbaren Wirksamkeit, welche das auftragsgemäß mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft für seinen Vollmachtgeber äußert, seinem Mandanten dennoch nicht nur für die richtige und sorgfältige Ausführung des ihm ertheilten Mandats verhaftet bleibt, sondern ihm auch zur Ausantwortung und Ablieferung Alles desjenigen verpflichtet ist, was er in Folge der von ihm abgeschlossenen Geschäfte für ihn erhalten hat oder zu erlangen befugt und im Stande ist. Aus dem letzteren Umstande in Verbindung mit dieser dem Bevollmächtigten aus dem Mandate obliegenden Verpflichtung ergiebt sich aber die Folge, daß, wo die obwaltende Sachlage dies gerathen und zweckmäßig erscheinen läßt, der Mandatar nicht nur verbunden sein kann, das für seinen Mandanten abzuschließende Geschäft zur wirksamen Realisirung desselben zunächst in seiner Person entstehen zu lassen, sondern, wo dies der Fall ist, auch die Vermuthung dafür streitet, daß in Ermangelung einer entgegenstehenden ausdrücklichen Erklärung dies gerade von ihm beabsichtigt ist, da überall, wo nicht der specielle Inhalt des ihm gewordenen Auftrags sein Verfahren genau regelt, die möglichste Beförderung des Interesses seines Mandanten die Richtschnur seines Handelns bilden soll, und so auch seine Vollmacht selbst hienach auszulegen ist.

3. Mit besonderer Dringlichkeit treten diese Rücksichten nun da hervor, wo, wie hier, der Vollmachtgeber wegen seiner weiten Entfernung vom Ort der vorzunehmenden Handlung völlig außer Stande ist, die Ausführung des von ihm ertheilten Auftrages zu überwachen und die in seinem Interesse abzuschließenden Geschäfte selbst geltend zu machen. In Beziehung auf die Ausübung der von ihm bei solcher Lage der Sache seinem Bevollmächtigten ertheilten Substitu-

Digitized by Google

tionsbefugniß tritt zu diesen Rücksichten aber noch ein anderer Grund hinzu, welcher, wenn von derselben Gebrauch gemacht ist, im Zweifel immer der Auffassung den Vorzug verschaffen muß, daß durch eine solche Substitution ein Mandatsverhältniß nicht etwa ausschließlich zwischen dem ersten Vollmachtgeber und dem Substituten des Mandatars, sondern, wo nicht allein zwischen diesen Letzteren, doch wenigstens zugleich in Concurrenz damit auch unter ihnen hat begründet werden sollen.

4. An sich genommen steht nämlich die Sache in rechtlicher Hinsicht hier so, daß der Mandatar, welcher sich Jemanden substituirt, die Erfüllung der ihm selbst obliegenden Verbindlichkeit einem Andern überträgt; der Auftrag, welchen er diesem ertheilt, betrifft daher nicht etwa blos eine fremde, sondern zugleich und zwar recht eigentlich seine eigene Angelegenheit, indem er es zunächst ist, welcher für die dem Dritten aufgetragene Besorgung haftet, und so wird denn auch in l. 8. §. 3. D. mandati (17. 1.) daraus gerade, daß er seinerseits hiefür einzustehen hat, die Klagbarkeit des von ihm dem Substituten anscheinend lediglich in fremdem Interesse ertheilten Mandats abgeleitet, und in der l. 28. D. de negot. gest. (3. 5.) der Umfang der dem Substituten wider seinen unmittelbaren Auftraggeber aus selbigem obliegenden Verbindlichkeit dahin angegeben, daß dieser gleichzeitig durch das Interesse des ersten und zweiten Mandanten bestimmt werde, nämlich danach, inwieweit der Letztere dem Ersteren nach Maßgabe dessen, was solcher Weise in Ausführung des Mandats geschehen, verhaftet sei.

5. Die geschehene Einräumung der Substitutionsbefugniß selbst ist auch nicht geeignet, hieran etwas Wesentliches zu ändern: sie hat nur die Folge, daß der Mandatar, welcher von derselben Gebrauch macht, nicht die volle Gefahr der Haftung für die Handlungen des von ihm ausgewählten

Digitized by Google

Substituten trägt, sondern ihn diese nur so weit trifft, als er bei der Auswahl und bei der Ueberwachung desselben schuldvoller Weise etwas versehen hat, wo dies dagegen nicht der Fall ist, er sich durch Abtretung der ihm wider denselben zustehenden Klagen von jeder weiteren Leistung befreien kann. L. 21. §. 3. D. de neg. gest. (3. 5.) L. 2. §. 1. D. si mensor fals. modum dicerit. (11. 6.) Immer bleibt also der Mandatar auch in diesem Falle in einem gewissen Umfange für das Verhalten seines Substituten verhaftet, muß gewärtigen, daß er wegen dessen, was dieser gethan, zur Verantwortung gezogen wird, hat denselben also auch im eignen Interesse zu überwachen, und da er dies völlig wirksam nur dann zu thun vermag, wenn er selbst in jedem Augenblick im Stande ist, ihn aus eigenem Rechte zur Rechenschaft zu ziehen, so läßt sich auch hier nicht ohne Weiteres annehmen, daß er demselben den in der Substitution liegenden Auftrag überall nicht für sich, sondern blos im Namen seines Auftraggebers zu dem Effecte habe ertheilen wollen, daß das Mandatsverhältniß nur zwischen diesem und seinem Substituten habe entstehen, ihm gegenüber der letztere aber außer aller Verantwortlichkeit habe gesetzt sein sollen. Wo derglejchen nicht ausdrücklich erklärt ist, wird daher auch der Substitut nicht füglich annehmen dürfen, daß dies so gemeint gewesen sei, und deshalb, wenn diese Auffassung etwa im weiteren Verlauf der Ereignisse seinem Interesse besser entsprechen sollte, nicht mit der Ausrede gehört werden können, daß er wenigstens dies bei Uebernahme des Aftermandates so angesehen habe.

6. Die nähere Prüfung des Inhaltes der hier in Betracht kommenden, von dem Beklagten in voriger Appellations-Instanz originaliter beigebrachten Vollmachten ergiebt aber überall kein hievon abweichendes Resultat.

Die von Z. am 4. Juli 1853 ausgestellte Generalvoll-

Digitized by Google

macht, ertheilt dem Kläger ganz in üblicher Weise nur die Befugniß, zur Ausführung des ihm selbst gewordenen Auftrages „Substitute zu bestellen", und die dem Beklagten darauf hin von dem Kläger am 1. Mai 1867 ertheilte Vollmacht, soweit sie den Beklagten zur Vertretung des Z. in der hier fraglichen Erbschaftsangelegenheit ermächtigt, bezeichnet sich selbst ausdrücklich als ein Substitutorium. Daß dieselbe von dem Kläger „In Vollmacht" seines Mandanten ausgestellt ist, steht hiermit auch überall nicht in Widerspruch, sondern weist an sich nur auf die dem Kläger in Gemäßheit der ihm selbst ertheilten Vollmacht zustehende Substitutionsbefugniß hin, bezeichnet aber auch zugleich den Inhalt und Umfang der dem Substituten als solchem von dem Kläger ertheilten Vollmacht. In ersterer Beziehung wird daher auch die Befugniß zur Ertheilung dieser Vollmacht von dem dieselbe ausfertigenden Notar mit dem Bemerken bezeugt, daß ihm die Vollmacht des Z., auf Grund welcher dieses Substitutorium ertheilt worden, von dem Kläger vorgezeigt sei, und zu dem letzteren Zwecke ist die Vollmacht des Z. selbst, durch welche die Befugnisse seines Vollmachtgebers bestimmt waren, und dieser selbst dem Substituten wie Dritten gegenüber legitimirt ward, dem Beklagten mit dem ihm ertheilten Substitutorium zugleich zugestellt worden. Unter diesen Umständen hat daher auch die Fassung der dem Beklagten ertheilten Vollmacht, daß er durch dieselbe „zum Zwecke der Regulirung des Nachlasses (hinsichtlich dessen im Eingang das Nähere angegeben worden) Seitens der Erben autorisirt und bevollmächtigt sein solle, in ihrem Namen Alles dasjenige zu thun, was zur Regulirung nothwendig und er dem Interesse der Erben zuträglich halten werde", nicht die Bedeutung, die Wirkung der geschehenen Substitution selbst seinem unmittelbaren Vollmachtgeber gegenüber wieder aufzuheben oder in irgend einer Weise abzuschwächen,

Digitized by Google

sondern es wird dadurch nur der Inhalt und Umfang seiner Befugnisse nach außen hin bestimmt. Sollte daher auch der Beklagte auf Grund der ihm ertheilten und weiter behändigten Vollmacht Namens der Erben handelnd aufzutreten befugt sein, und was er in dieser Weise that unmittelbare Rechtswirkung für die Erben äußern, so blieb doch die innere Seite seines Vollmachtsverhältnisses hiedurch unberührt. Nach dieser hin leitete er seine Vollmacht unmittelbar nur von dem Kläger ab, hatte dieser ihn nur mit der Ausführung des ihm selbst ertheilten Mandates beauftragt, blieb er also immer zunächst dessen Mandatar und diesem zur Rechenschaft über dasjenige, was er in Gemäßheit des ihm von diesem gewordenen Auftrages gethan oder nicht gethan, wie zur Aussantwortung desjenigen verpflichtet, was er in Folge hievon für dessen Vollmachtgeber erlangt und in Händen hatte, wenn dieser selbst oder dessen Erben auch immerhin gleichfalls zur unmittelbaren Geltendmachung der in Ausführung ihres Auftrages von dem Kläger wider den Beklagten erworbenen Ansprüche insofern für berechtigt gehalten werden können, als der Kläger dieses Mandat, wenn auch zunächst für sich selbst, doch zugleich auch in Vertretung ihrer ertheilt hatte.

7. Stand aber hienach dem Kläger aus dem von ihm immer zugleich für sich selbst dem Beklagten, als seinem Substituten, ertheilten Mandate ein selbständiger Anspruch wider diesen zu, so ward derselbe auch dadurch nicht aufgehoben, daß vor klageweiser Geltendmachung desselben sein Vollmachtgeber bereits verstorben und dadurch seine Vollmacht erloschen war. Denn die Wirksamkeit derselben erlosch selbstverständlich nur für die Zukunft. Was der Kläger in Gemäßheit des ihm gewordenen Auftrages vor diesem Zeitpunkte bereits gethan, blieb dagegen von Bestand, und er mußte sich jetzt darauf gefaßt halten, dieserwegen den Erben

Digitized by Google

seines Mandanten Rechenschaft zu geben. Mit seiner Vollmacht zugleich erlosch aber auch die in Grundlage derselben von ihm seinem Substituten ertheilte Vollmacht, und bedarf daher die von dem Beklagten in seiner Duplik aufgestellte Behauptung, daß Kläger nach dem eingetretenen und ihm bekannt gewordenen Tode seines Mandanten die von ihm dem Beklagten vermöge der ihm zugestandenen Substitutionsbefugniß ertheilte Vollmacht nicht mehr habe aufrufen können, keiner besonderen Widerlegung. Dieser Aufruf war im Verhältniß des Beklagten zu dem Mandanten nur der Ausdruck dessen, was sich diesem gegenüber von selbst verstand, und hatte eine besondere rechtliche Bedeutung nur insofern, als zwischen dem Kläger und Beklagten zugleich ein selbständiges, Mandatsverhältniß begründet war. Da nun wegen dieses selbst der Kläger den Erben seines Mandanten verantwortlich und zur Rechenschaft über dasselbe verpflichtet ist, so hätte, wenn nicht andere Gründe schon, die aus dieser Verantwortlichkeit selbst sich ergeben, den Kläger zur Aufrufung desselben bestimmten, schon der ihm bekannt gewordene Tod seines Mandanten ihn hiezu veranlassen müssen, und hat demgemäß dieses Ereigniß die ihm auf Grund des von ihm selbst dem Beklagten ertheilten Mandats zustehende Berechtigung, Rechnungsablegung und was damit zusammenhängt von demselben zu verlangen, so wenig aufgehoben, daß darin für den Kläger vielmehr eine Nöthigung lag, dieses Verlangen zu erheben, sobald er mit demselben seine eigene Aufgabe für erloschen ansehen und demnach sich selbst zur sofortigen Rechnungsablegung den Erben seines Mandanten gegenüber in den Stand setzen mußte.

S. Kann daher die Annahme der sententia a quo, daß mit dem Erlöschen der vom Kläger Seitens des B. ertheilten Generalvollmacht auch dessen Legitimation zur klageweisen Geltendmachung des in Grundlage

hievon seinerseits dem Beklagten ertheilten Mandats und der daraus an sich begründeten Ansprüche erloschen sei, hienach nicht für richtig gehalten werden, so kann es sich weiter nur noch fragen, ob etwa aus dem Inhalt und der Richtung der von dem Kläger dieserhalb erhobenen Klage Gründe sich ergeben, welche die von der sententia a qua für den Erbantheil des verstorbenen Z. erkannte Abweisung derselben in angebrachter Maaße zu rechtfertigen vermögen. Diese Frage ist aber gleichfalls zu verneinen. Allerdings bezeichnet sich in rubro der Klage B. als Kläger „mandatario nomine“ des Z.; allein im Inhalt des Libells selbst wird die Klage mit völliger Bestimmtheit darauf gegründet, daß Kläger seinerseits zur Ausführung der ihm nach Maßgabe und auf Grund der ihm von Z. ertheilten Generalvollmacht Zwecks Regulirung und Erhebung der fraglichen Erbschaft obliegenden Besorgungen den Beklagten zu seinem Vertreter am Ort der Erbschaft bestellt habe, gleichwie er denn auch im ganzen Verlauf der Klage und der weiteren Verhandlungen sich selbst als den Auftraggeber des Beklagten hinstellt und aus seiner Person klagend auftritt. Dem gegenüber ist die erwähnte Rubricirung der Klage an sich bedeutungslos, dieselbe kann aber auch nicht einmal für unrichtig gehalten werden, weil der darin erhobene Anspruch doch immer aus dem Mandatsverhältnisse abzuleiten ist, in welchem der Kläger zu Z. stand.

---

## 33.

**Klagbarkeit mündlicher Verträge, deren schriftliche Abfassung beredet worden.** Ha. 901/1870.

Es hatten über den Verkauf eines Hauses mündliche Verhandlungen stattgefunden, und es war über deren Resultat eine

Digitized by Google

vom Kläger als Punktation betrachtete Urkunde verfaßt, nach welcher die Ausfertigung eines Contracts erfolgen sollte, „wenn es sich vermothwendigt". — Der auf Erfüllung des Vertrags gerichteten Klage ward unter andern Einwendungen auch entgegengesetzt, daß bei der verabredeten, demnächst aber nicht erfolgten Ausfertigung eines Contracts die mündlichen Verhandlungen nicht bindend seien; und das O.-A.-Gericht bestätigte mittels Entscheidung vom 26. Septbr. 1870 die Abweisung der Klage aus folgenden Gründen:

Wenn Kläger in voriger Instanz die mit der Replik eingerichte Urkunde als eine im Sinne des Gesetzes vom 1. Juni 1847 bindende Punktation und durch Bezugnahme auf dieselbe seinen Klaganspruch als liquid darzustellen sucht, so kommt doch dagegen in Betracht, daß er seine Klage nicht auf einen durch solche Punctation erfolgten und perfect gewordenen Vertragsabschluß gegründet hat. Er hat auf Verlangen der Gegnerin diese Urkunde in der Replik zu den Acten gebracht und dabei selbst erklärt, daß er dieselbe, nachdem der Handel abgeschlossen worden, angefertigt habe, daß sie darauf von beiden Contrahenten unterschrieben worden sei, und daß diese Aufzeichnung nur des Beweises wegen Statt gefunden habe. Mit dieser Auffassung des Schriftstücks stimmt die Beklagte in der Duplik ausdrücklich überein, und es kann deshalb nur davon ausgegangen werden, daß über den Verkauf des der Letztern gehörenden Hauses ein mündlicher Contract abgeschlossen sei, und daß die Contrahenten sich vereinbart haben, den Inhalt dieser Abmachung schriftlich zu fixiren, um ein Beweisstück dafür zu haben, daß dieselbe so, wie geschehen, wirklich erfolgt sei. Hiemit stimmt auch die Fassung der Urkunde überein, welche, wenn auch von beiden Theilen unterschrieben, nicht die für Punctationen gebräuchliche Form hat, sondern als ein Bekenntniß der Verkäuferin über den Inhalt des so eben beredeten



Digitized by Google

Handels auftritt. Nach Ausweis dieser Urkunde haben sich die Parteien bei der fraglichen Beredung darüber vereinbart, daß demnächst die Ausfertigung eines Contracts erfolgen solle, „wenn's sich vernothwendigt". Faßt man diese Bestimmung auch ganz so auf, wie Kläger es will, daß also die Anfertigung einer schriftlichen Vertragsurkunde von der Bedingung abhängig gemacht worden sei, daß dieselbe nothwendig erscheine, so liegt doch auch dann ganz der Fall vor, welchen der §. 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1847 im Auge hat. Jedenfalls ist nämlich ausgemacht, daß die schriftliche Aufzeichnung eventuell, d. h. alsdann geschehen solle, wenn sie nöthig werde, und es ist nicht gesagt, welcher Art die Voraussetzungen seien, von welchen der Eintritt dieser Eventualität abhängig gemacht wurde, ob den Parteien das Hinzukommen einer schriftlichen Vertragsurkunde für die Gültigkeit des Handels nothwendig erschien, oder ob sie dieselbe aus sonstigen Gründen, etwa zum Zwecke näherer Präcisirung einzelner noch unbestimmt gelassener Vertragsbestimmungen für erforderlich hielten. Es bleibt bei dieser Sachlage völlig ungewiß, ob die Contrahenten sich durch eine solche Beredung sofort und definitiv haben binden, oder ob sie diese bindende Kraft des Vertrages bis dahin haben aufsetzen wollen, daß es sich herausgestellt habe, ob ein schriftlicher Contract sich vernothwendige oder nicht. Die vorgedachte Verordnung will aber gerade jeden Zweifel darüber beseitigen, wie sich die Contrahenten in Ansehung der Gültigkeit des Vertrages das Verhältniß der vorbehaltenen schriftlichen Aufzeichnung gedacht haben, und bestimmt deshalb im §. 1, daß es, sobald eine solche Aufzeichnung vorbehalten worden, für die Klagbarkeit des mündlichen Vertrages unter allen Umständen wesentlich sei, daß die bindende Kraft desselben ausdrücklich vereinbart worden. Daß eine solche Bestimmung getroffen wurde, hat Kläger nicht

Digitized by Google

behauptet, und so hat er aus den zwischen ihm und der Beklagten stattgehabten Abmachungen ein Klagerecht nicht gewonnen.

---

## 34.

**Rechtliche Bedeutung der einem Notar hinsichtlich eines ihm zu übertragenden Geschäfts ertheilten Zusicherung.** Be. 1246/1870.

Der Beklagte beabsichtigte das von ihm bisher zur Bewirthschaftung eines Pachtguts benutzte Inventar wegen Ablaufs der Pachtzeit zu verkaufen, und hatte nach des Klägers Behauptung diesem die bestimmte, mittels Handschlags bekräftigte und vom Kläger dankend acceptirte Zusicherung ertheilt, daß, wenn er das Inventar öffentlich versteigern lassen werde, Kläger die Auction abhalten solle. Als später jener Fall eintrat, hatte er jedoch die Versteigerung durch einen andern Notar abhalten lassen, und forderte Kläger jetzt diejenige Auctionsgebühr, welche er durch Abhaltung der Auction erhalten haben würde.

Das erste Urtheil wies die Klage ab, in zweiter Instanz ward auf Beweis des Klaggrundes reformirt, durch Erkenntniß des O.-A.-Gerichts vom 16. Januar 1871 jedoch die erste Sentenz wiederhergestellt.

Gründe:

1. Zwar ist dem vorigen Erkenntnisse, gegenüber der ersten Sentenz darin beizustimmen, daß der Charakter des Notariats, als eines zur Befriedigung bestimmter Bedürfnisse des Rechtsverkehrs bestellten gleichsam öffentlichen Amts, die Unterstellung derjenigen Geschäfte, wodurch die Privaten die Thätigkeit des Notars für ihre besonderen Rechtsbedürfnisse in Anspruch nehmen, unter privatrechtliche Gesichtspunkte nicht hindert. Eben so ist es richtig, daß nach heu-



Digitized by Google

tiger Rechtsanschauung die Verträge über solche Dienstleistungen, welche ohne zu den mehr mechanischen Arbeitsverrichtungen oder Handwerksleistungen (operae mercenariae, operae fabriles) zu gehören, doch einen besonderen Erwerbszweig bilden und daher regelmäßig nur gegen eine in Geld bestehende, entweder im Voraus beredete, oder durch gesetzliche Taxen oder nach Ueblichkeit bestimmte Vergütung gewährt zu werden pflegen, nach den für tauschartige Verträge anderer Art geltenden Grundsätzen, insbesondere auch nach den für die Dienstmiethe maßgebenden Normen zu beurtheilen, und daß zu diesen Dienstleistungen auch diejenigen der Notare in einem gewissen Umfange zu rechnen sind: vgl. darüber Sintenis, Gem. Civilrecht §. 119, und Windscheid, Pandecten §. 404. — Damit ist jedoch keineswegs gesagt, daß nunmehr schlechthin alle Verträge, welche rücksichtlich solcher Dienstleistungen geschlossen und wodurch Dienste dieser Art in Anspruch genommen, sowie wegen deren Uebertragung und Leistung Zusicherungen bestimmter Art ertheilt werden, schlechthin den Grundsätzen des Miethsvertrages unterliegen: vielmehr kommt es dessenungeachtet für die rechtliche Behandlung und Beurtheilung derartiger Verträge auf die besondere materielle Bedeutung des darin liegenden Geschäfts, daher darauf an, was danach als von den Contrahenten gewollt und beabsichtigt anzunehmen ist, und so ist es denn insbesondere da, wo diese Dienstleistungen, wenn auch die Gewährung und der Empfang eines Honorars dabei üblich und beabsichtigt ist, in der Besorgung fremder Geschäfte bestehen, keineswegs ausgeschlossen, darauf den Gesichtspunkt des Mandats anzuwenden, wie auch der erstgenannte Schriftsteller a. a. O. ausdrücklich hervorhebt und §. 113 I. 2 insbesondere Note 8 des Näheren ausführt. Vgl. auch Windscheid a. a. O. Note 3 init.

2. Prüft man aber von diesem Standpunkte aus das

Digitized by Google

hier in Frage stehende Geschäft, so kann es zunächst überall keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß die Uebertragung des Verkaufs einer Sache, auch eines versteigerungsweise zu beschaffenden, an sich ein gewöhnliches Mandat ist, und kann der Umstand, daß dieses Geschäft etwa einem Notar aufgetragen ist, auch hieran um deswillen Nichts ändern, weil die in der Besorgung dieser Angelegenheit liegende Dienstleistung nicht zu denjenigen Rechtsacten gehört, für welche das Amt der Notare besonders bestellt worden ist. Daß gerade ein Notar mit diesem Geschäfte beauftragt ist und häufig beauftragt zu werden pflegt, beruht vielmehr lediglich darauf, daß er eben durch sein Amt als eine besonders vertrauenswürdige Person hingestellt ist und bei ihm wegen der öfteren Vornahme solcher Geschäfte eine größere Geschicklichkeit und Zuverlässigkeit in der Besorgung und Ausführung derselben vorausgesetzt werden kann. Fällt aber dieser Auftrag und dessen Uebernahme unter den Gesichtspunkt des Mandats, so tritt damit auch die Widerruflichkeit desselben ein, und erwirkt deshalb der Beauftragte auch kein festes Recht auf das Honorar oder die sonstige Vergütung, welche ihm für die geschehene Ausführung des übertragenen Geschäfts in Aussicht standen, kann daher insbesondere auch dann, wenn in dieser Beziehung von ihm noch nichts geschehen, insoweit also noch res integra ist, bei erfolgtem Widerrufe des ertheilten Auftrags überall nichts verlangen.

3. Gilt dies aber von dem ertheilten und angenommenen Auftrage selbst, so muß es in gleicher Weise gelten, wenn, wie hier, eine bloße Beredung über die demnächstige Ertheilung eines Auftrages stattgefunden hat, selbst wenn dadurch dem Kläger nicht blos die eventuelle Zuweisung des in Frage stehenden Geschäfts und die Erlangung des an dessen Ausführung geknüpften Vortheile mehr oder weniger unbestimmt in Aussicht gestellt, wie Beklagter behauptet,

Digitized by Google

sondern in dieser Beziehung bereits eine feste Vereinbarung geschlossen wäre, wie Kläger angiebt, denn in diesem letzteren Falle würde in der getroffenen Vereinbarung doch immer nur der bedingte Abschluß des Mandatscontracts selbst liegen, dies bedingte Mandat aber nicht weniger widerruflich sein, als das rein ertheilte.

4. Da nun auch der Widerruf des Mandats selbst an keine Form gebunden ist und Kläger nicht zu behaupten vermocht hat, daß durch die stillschweigende Zurücknahme desselben von Seiten des Beklagten ihm ein weiterer Schade erwachsen ist, als der rechtlich nicht in Betracht kommende Verlust des von der Ausführung desselben gehofften Gewinnes, so ist die erhobene Klage von der Sententia I. mit Recht abgewiesen worden.

---

## 35.

## Ueber die Verwirkungsclausel in Verträgen.

Su. 236/1849 Str.

Den Policen, welche die Gesellschaft Th. in E. über die von ihr übernommenen Versicherungen gegen Feuersgefahr ausstellt, sind diejenigen allgemeinen Bedingungen vorgedruckt, welche für alle von der Gesellschaft abgeschlossenen Assecuranzverträge als vereinbart gelten sollen und von den Versicherten durch Annahme der Urkunde genehmigt werden. Dazu gehört die Bestimmung, daß nach dem Eintritte eines Brandschadens der Ersatzanspruch binnen sechs Monaten bei dem zuständigen Gerichte eingeklagt werden müsse, wenn bis dahin nicht eine gütliche Einigung erfolgt sei, widrigenfalls derselbe erloschen sei. Auf Grund einer solchen Police hatte der Schmied S. zu S. eine mit noch drei Genossen gekaufte Quantität ausgedroschenen Ge-

Digitized by Google

treides, welche noch in einer s. g. Miethe auf dem Felde stand, versichert. Die Miethe brannte während der Versicherungszeit am 10. October 1866 ab, S. gerieth in den Verdacht, das Feuer in betrügerischer Absicht angelegt zu haben, war deshalb in eine Criminaluntersuchung gezogen und hatte sich vom 14. Octbr. bis 3. Novbr. in Haft befunden. Erst im October 1867 klagte er seine Schadensforderung gegen die Versicherungsgesellschaft ein, welche dagegen geltend machte, daß der Anspruch wegen versäumter Klagfrist erloschen sei. Auf Grund dieser Einrede wurde die Klage in allen drei Instanzen abgewiesen. Das O.-A.-Gericht begründete seinen bestätigenden Bescheid vom 3. März 1869 folgender Maßen:

> Nach dem klaren Wortlaute des §. 12 der „allgemeinen Bedingungen", welche der Police vorgedruckt sind und die Grundlage des libellirten Versicherungsvertrages bilden, ist der jetzt geltend gemachte Entschädigungsanspruch, wie der Appellant selbst zugiebt, unzweifelhaft erloschen, da derselbe im Laufe von 6 Monaten nach dem Brandereignisse weder anerkannt noch eingeklagt worden ist. Es fragt sich nur, ob ihm gegen die, auf jene Vertragsbestimmung gebaute, begründete und liquidirte Einrede eine wirksame replicatio doli zur Seite stehe. Diese Frage ist vom judicio a quo aus zureichenden Gründen verneint worden. Geht man nämlich auch davon aus, daß eine Conventionalstrafe, welche ein positives Handeln des Promittenten innerhalb einer bestimmten Frist sichern soll, nach heutigem Rechte gegen die strengere Regel der l. 77 D. de verborum obligationibus (45, 1), l. 9 D. de nautico foenore (22, 2) nur dann verfällt, wenn der Promittent sich wegen der Fristversäumniß nicht in genügender Weise zu exculpiren vermag,
>
> Savigny, Obligationenrecht II, S. 280, 281,
>
> daß ferner, mindestens für Fälle der vorliegenden Art, die milderen Grundsätze, welche schon die Römische Jurisprudenz

Digitized by Google

bei den zum Zwecke der Rechtsverfolgung geschlossenen Pönalstipulationen zur Anwendung brachte, maßgebend seien,

l. 2 §. 1 ff., l. 4 pr. §. 1 ff. D. si quis cautionibus (2,11) l. 21 §. 9 D. de receptis (4. 8),

so folgt daraus doch keineswegs, daß jeder Grund, aus welchem einer Proceßpartei gegen den Ablauf einer Proceßfrist und die damit verwirkten Nachtheile Restitution gewährt werden mag, ohne Weiteres auch die Versäumung einer Conventionalfrist zu entschuldigen geeignet sei. Hier wird das freie richterliche Ermessen, welches bei der Restitution gegen processualische Versäumnisse die Berücksichtigung von Billigkeitsgründen in ausgedehntem Maße gestattet, durch das entgegenstehende Vertragsrecht des anderen Contrahenten in engere Schranken zurückgewiesen und zur Anlegung desjenigen Maßstabes genöthigt, welcher in Vertragsverhältnissen die Grenze zwischen culpa und casus bestimmt. Was insbesondere die in dem vorhin citirten tit. Dig., „si quis cautionibus" enthaltenen quellenmäßigen Beispiele entschuldigter Pflichtversäumniß betrifft, so beruhen sie sämmtlich auf der Voraussetzung, daß die Einhaltung der Frist wegen eines unübersteiglichen factischen Hindernisses unmöglich, mindestens aber ohne Hintansetzung einer höheren rechtlichen oder sittlichen Pflicht (cfr. l. 2 §. 1, l. 4 §. 2) nicht ausführbar war. Exculpationsgründe von solcher Art hat Appellant nicht vorzubringen vermocht. Er beruft sich darauf, daß wenige Tage nach dem am 10. October 1866 stattgehabten Abbrande des versicherten Gegenstandes aus Anlaß dieses Ereignisses eine Criminaluntersuchung wegen Betrugsversuches wider ihn eingeleitet worden, auf Grund deren er in erster Instanz sogar verurtheilt und erst in zweiter durch Revisionserkenntniß vom 6. Juli 1867, also nach Ablauf der sechsmonatlichen Klagfrist, rein freigesprochen sei. Die mit dieser Untersuchung Anfangs verbunden ge-

Digitized by Google

wesene Haft, welche argum. l. 4 §. 1 D. cit. hier einen ausreichenden Entschuldigungsgrund darbieten würde, hat indessen, seiner eigenen Angabe nach, nur vom 14. October bis zum 3. November 1866 gedauert, so daß ihm hernach noch ausreichend Zeit blieb, die in Rede stehende Vertragsbedingung zu erfüllen, und ohnehin die erst am 30. Oct. 1867 erhobene Klage auch dann als erheblich verspätet erscheint, wenn man die vereinbarte Klagfrist um die Dauer der Haft verlängern wollte. Abgesehen hievon ist die rechtzeitige Anstellung der Klage durch die Untersuchung weder factisch noch rechtlich gehindert worden. Es mag sein, daß dem Appellanten die Police sogleich vom Criminalrichter abgenommen und erst bei seiner völligen Freisprechung restituirt worden ist; allein er behauptet nicht, daß er vergeblich versucht habe, die Urkunde oder eine beglaubigte Abschrift derselben zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung seines Schadensanspruches früher zurückerhalten, ja er giebt sogar zu, daß es ihm überall nicht in den Sinn gekommen sei, darum zu bitten, weil er eben gar nicht gewußt habe, daß er bei Verlust seines Rechts innerhalb 6 Monate klagen müsse. Er sagt selbst, er habe die enggedruckten „allgemeinen Bedingungen" der Police niemals gelesen und jedenfalls den §. 12 nicht im Gedächtnisse behalten; damit zeiht er sich aber eines Mangels an Vorsicht, welcher durch Rusticität nicht entschuldigt wird, sondern ihm unbedingt als culpa zugerechnet werden muß. Von jedem dispositionsfähigen Menschen wird vorausgesetzt, daß er den Inhalt der von ihm selbst abgeschlossenen Rechtsgeschäfte kenne, und hier handelt es sich um eine Vertragsclausel, zu deren richtigem Verständnisse keine besondere Rechtskunde erforderlich ist, wie es sich denn überhaupt von selbst versteht, daß Derjenige, welcher aus einem Vertrage Rechte herleitet, dessen ganzen Inhalt auch gegen sich gelten lassen muß. Das meiste Ge-

Digitized by Google

wicht legt der Appellant darauf, daß er rechtlich behindert gewesen sei, oder wenigstens aus einem jedenfalls verzeihlichen Rechtsirrthume sich für behindert gehalten habe, die conventionelle Klagfrist einzuhalten. Er sei nämlich von der Ansicht ausgegangen, die er noch jetzt für richtig halte, daß er vor Beendigung der Untersuchung nicht habe klagen dürfen, weil der Ausgang der Criminalsache für den connexen, nur im Falle der Schuldlosigkeit des Inculpaten begründeten Schadensanspruch dergestalt präjudiciell und maßgebend sei, daß einer während der Dauer der Untersuchung vor erfolgter Freisprechung erhobenen Schadensklage eine liquide exceptio litis pendentis entgegengestanden haben würde. Wäre dies richtig, so würde dem Einwande der Beklagten, daß Appellant lediglich zur Befolgung einer unbedingt lautenden Vereinbarung schon vor Beseitigung des einer wirksamen Klageerhebung entgegenstehenden rechtlichen Hindernisses mit einer verfrühten Klage hätte hervorgehen sollen, allerdings wohl mit einer replicatio doli zu begegnen gewesen sein; und es würde sich dann weiter gefragt haben, ob ihm nach Beendigung der Untersuchung noch die ganze sechsmonatliche Frist oder nur ein modicum tempus zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches einzuräumen gewesen wäre; allein der von ihm vorausgesetzte unlösbare Zusammenhang zwischen der Criminal- und der connexen Civilsache besteht nicht. Die thatsächlichen Ergebnisse der Criminaluntersuchung können allerdings für den auf demselben Thatbestande beruhenden Privatrechtsstreit benutzt werden, sind dann aber natürlich nur nach den civilprocessualischen Beweisregeln zu würdigen und zu verwerthen, und daraus folgt schon, daß die vom Criminalrichter gewonnenen rechtlichen Resultate für die Civilproceßparteien durchaus nicht die Bedeutung einer rechtskräftigen unabänderlichen Entscheidung haben. Kann nun hienach das Crimi-

Digitized by Google

nalurtheil im Civilproceſſe niemals eine exceptio rei judicatae begründen, ſo iſt eben ſo wenig daraus, daß die Unterſuchung noch anhängig iſt, eine exceptio litis pendentis zu entnehmen, und Appellant hatte daher durchaus nicht zu befürchten, daß ſeine Klage, wenn er ſie innerhalb der vereinbarten Friſt erhoben hätte, zur Zeit abgewieſen wäre. Hegte er dieſe Befürchtung dennoch und ließ er es darauf ankommen, ob die dabei zu Grunde liegende Rechtsanſicht von den competenten Gerichten demnächſt gebilligt werden würde, ſo handelte er wiederum nicht mit der erforderlichen Vorſicht, welche er auf die Erfüllung einer, die Conſervirung ſeines Anſpruches contractlich bedingenden Vorausſetzung verwenden mußte; auch giebt es keine Rechtsregel, welche einen Contrahenten gegen die nachtheiligen Folgen einer irrthümlichen Rechtsauffaſſung der von ihm ſelbſt bündig abgeſchloſſenen Verträge deshalb ſchützte, weil der Irrthum als ein verzeihlicher ſich darſtellt. Endlich muß auch die am Schluſſe der Rechtfertigungsſchrift jetziger Inſtanz als Grundlage einer ſelbſtändigen replicatio doli vorgebrachte neue Thatſache als irrelevant bezeichnet werden. Hat der Generalagent der Beklagten, als die bei der libellirten Verſicherung angeblich mitintereſſirten X. und Y. innerhalb der erſten ſechs Monate von ihm die Entſchädigungsſumme forderten, ausdrücklich erklärt, daß vor der Hand in der Sache Nichts zu machen ſei, ſondern der Ausgang der Unterſuchung erſt abgewartet werden müßte, ſo hat derſelbe doch nur die freiwillige Auszahlung des Geldes bis dahin verweigert, nicht aber zu erkennen gegeben, daß er auch auf die Einhaltung der bedingungsmäßigen Klagfriſt verzichte, und weder verpflichtet noch geſonnen ſei, auf eine vor dem Ende der Unterſuchung erhobene Klage ſich einzulaſſen.

---

Digitized by Google

## 36.

### Zur Lehre von der Novation. Ka. 1327/1869.

Gegen die Klage auf Rückzahlung eines baar empfangenen Darlehens von 500 Thlr. machte Beklagter den Einwand, seine Verbindlichkeit sei getilgt und zwar dadurch, daß seine Frau auf Grund einer Vereinbarung vom 12. Novbr. 1866 seine damaligen, ihr specificirten Schulden und darunter auch die jetzt eingeklagte Darlehnsschuld zu berichtigen übernommen habe. Damit habe Kläger sowohl ihm selbst als seiner Frau gegenüber sich einverstanden erklärt.

In Uebereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Urtheile verwarf das O.-A.-Gericht durch Bescheid vom 3. Mai 1869 diesen Einwand.

Denn wenn die Ehefrau des Beklagten durch einen Vertrag vom 12. November 1866 seine derzeitigen, zu diesem Zwecke specificirten Schulden, und unter diesen auch die jetzt in Rede stehende Darlehnsschuld von 500 Thlr. mit den rückständigen Verzugszinsen übernommen und der Kläger in der Absicht, zu noviren, sich damit einverstanden erklärt hat, so konnte doch dieses Arrangement die Bedeutung einer wahren Novation, welche eine bestehende Obligation durch Begründung einer neuen aufhebt, nur unter der Voraussetzung erlangen, daß die Schuldübernahme sich als rechtsbeständig erwies. Ein Gläubiger, welcher unter der Form eines novirenden Vertrages wissentlich eine nichtige Forderung für eine rechtsbeständige eintauscht, verzichtet auf das für den Begriff der Novation wesentliche Aequivalent; er novirt daher nicht die bisherige Obligation, sondern löst sie durch Schenkung. Daß hierauf im vorliegenden Falle die Intention des Klägers auch nur eventuell gerichtet gewesen wäre, würde selbst dann nicht anzunehmen sein, wenn seine zustimmende Erklärung so gelautet haben sollte, wie in der Rechtfertigungsschrift jetziger Instanz behauptet wird. Wenn nämlich der Kläger den

Digitized by Google

Beklagten ausdrücklich liberirte und gleichzeitig statt seiner die Intercedentin als Schuldnerin annahm, so gab er deutlich genug zu erkennen, daß die Lösung der alten Obligation von der Entstehung der neuen abhängig sein solle und daß er mit der bloßen Erwartung, die Intercedentin werde, auch ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, freiwillig zahlen, sich nicht begnüge. Von diesem Standpunkte aus wird einer Schuldübernahme, welche nach den Bestimmungen des S. C. Velleianum ungültig ist, die novirende Wirkung abgesprochen.

l. 14 D. hoc titulo (16, 1),
l. 16 C. eodem (4, 29).

Nach einheimischem Particularrechte sind die Interceſſionen der Frauenzimmer, wobei die im §. 1 der Verordnung vom 16. Mai 1857 enthaltenen Vorschriften nicht beobachtet sind, in der Regel schlechthin unverbindlich, und es gehört deshalb, da im vorliegenden Falle jene Formvorschriften unbestrittenermaßen außer Acht gelassen sind, zur Begründung der vorgeschützten Novationseinrede die Darlegung, daß hier eine der im §. 3 des citirten Gesetzes statuirten Ausnahmen vorliege. In dieser Beziehung hat Beklagter freilich schon in der Klagbeantwortung bemerkt, seine Frau habe für die übernommenen Schulden erhebliche Gegenleistungen empfangen, auch hat er sich darüber genauer in der Duplik und noch bestimmter in seiner jetzigen Justificationsschrift ausgesprochen, allein er hat es bisher gänzlich unterlassen, sich über die Gesammtsumme der für diese Gegenleistungen übernommenen Schulden zu äußern, und darin liegt ein wesentlicher Mangel in der Begründung der Einrede, da nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes die Interceſſion nur zu dem Betrage, für welchen die Intercedentin Geld oder Geldeswerth empfangen hat, gültig ist.

---

Digitized by Google

## 37.

**Bei den in das Hypothekenbuch eines Gutes eingetragenen Forderungen wird der Lauf der Conventionalzinsen schon durch die mora accipiendi des Gläubigers unterbrochen, ohne daß es dazu der gerichtlichen Deposition des Capitals bedarf.** Fi. 520/1868.

Der Beklagte, der dem Kläger im Johannistermine 1866 verschiedene auf sein Gut eingetragene Forderungen im Gesammtbetrage von 5000 Thlr. zurückzahlen sollte, aber nicht rechtzeitig zahlen konnte, offerirte am 17. Juli den Betrag nebst Verzugszinsen bis zu diesem Tage. — Der Kläger beanspruchte jedoch eine höhere Entschädigung und erhob, da wegen dieser Differenz die Zahlung unterblieb, zunächst eine Klage auf Zahlung des Capitals nebst den ihm durch die nicht geschehene Zahlung entstandenen Schäden und Kosten, in Folge deren Beklagter zur Zahlung des Kapitals mit Verzugszinsen zu 5 pCt. bis zum 17. Juli schuldig erkannt wurde, wegen der weiter gehenden Forderungen des Klägers aber eine Entscheidung erging, die diesen nicht befriedigte. — Da in diesem Processe nur über die durch den Verzug des Schuldners begründeten Verpflichtungen entschieden war, so klagte der Kläger mittels einer neuen Klage für den Zeitraum bis zur Rückzahlung des Kapitals, so weit ihm nicht bereits Verzugszinsen zuerkannt waren, die Zahlung der Conventionalzinsen, indem er sich darauf berief, daß deren Lauf erst durch die Zahlung oder gerichtliche Deposition des Kapitals sistirt werde. — In erster Instanz wurde auch der Beklagte verurtheilt, das O.-A.-Gericht wies jedoch mittels Erkenntnisses vom 23. Septbr. 1869 die Klage ab und bestätigte diese Entscheidung auch in der Restitutionsinstanz durch Erkenntniß vom 5. Decbr. 1870 aus nachstehenden Gründen:

1. Daß nach Römischem Rechte der Lauf der Con-

Digitized by Google

ventionalzinsen durch die mora accipiendi des Gläubigers hinsichtlich der Kapitalschuld nicht aufgehoben wird, ist in der sententia contra quam nicht bestritten; und ebensowenig kann bezweifelt werden, daß dieser Satz den Verhältnissen, welche nach diesem Rechte durch ein Darlehen zwischen dem Gläubiger und Schuldner begründet werden, völlig entspricht. — Die Verpflichtung des Schuldners, die geliehene Summe bis zur Rückzahlung zu verzinsen, wird nicht schon durch das Darlehen selbst begründet, sondern setzt einen besonderen hierauf gerichteten Vertrag voraus, und die rechtliche Wirkung dieses Vertrages wird erst durch die Tilgung der Hauptschuld, nicht aber schon dadurch aufgehoben, daß der Schuldner die Rückzahlung des Darlehens anbietet, weil hiedurch der Gläubiger zwar in moram versetzt, die Schuld selbst aber nicht getilgt wird, der Zeitpunkt, bis zu welchem die Verzinsung des Darlehens versprochen worden, folglich auch nicht eingetreten ist. — Die Frage kann daher nach Römischem Rechte nur die sein, ob dadurch, daß der Gläubiger die Annahme des ihm in gehöriger Weise offerirten Kapitals verweigert, nicht für den Schuldner in Bezug auf die von diesem Zeitpunkte an laufenden Conventionalzinsen eine exceptio doli begründet wird, weil eben der Gläubiger durch seine Weigerung die Zahlung, durch welche der Schuldner die Hauptschuld aufheben und sich zugleich von seiner Zinsverbindlichkeit befreien würde, verhindert? Allein auch diese Frage, welche an sich nach den allgemeinen für die mora geltenden Rechtsgrundsätzen zu bejahen sein würde, wird mit Recht verneint, weil die Darlehnsschuld nicht blos durch Zahlung, sondern auch, wenn deren Annahme verweigert wird, durch gerichtliche Depösition der Darlehnssumme aufgehoben werden kann, und diese dem Schuldner gerade für den Fall, daß die Zahlung durch die mora accipiendi des Gläubigers verhindert wird, als ein

Digitized by Google

Mittel, um sich von der Darlehnsschuld und damit zugleich von der Verpflichtung zur ferneren Verzinsung zu befreien gestattet ist, folglich, wenn der Schuldner von dieser Befugniß keinen Gebrauch macht, sondern es vorzieht, das Geld zu behalten und sich dadurch die Möglichkeit einer andern Benutzung desselben zu conserviren, der Grund für die Fortdauer der Zinsverbindlichkeit nicht sowohl in der nur die Zahlung, nicht aber die gerichtliche Deposition verhindernden mora accipiendi des Gläubigers, als vielmehr in dem eigenen Willen des Schuldners liegt. Hieran wird auch durch den Umstand, daß der Schuldner zur Sicherheit für das Darlehen eine Hypothek bestellt hat, Nichts geändert. Denn vermöge der accessorischen Natur des Pfandrechts erlischt dieses mit der Tilgung der Hauptforderung von selbst, und der Schuldner, der die zur Tilgung der Schuld erforderlichen Mittel nicht selbst besitzt, sondern von Andern leihen muß, wird auch in dieser Beziehung durch die mora accipiendi des Gläubigers in seinen Dispositionen nicht gehindert, da die alte Hypothek durch die gerichtliche Deposition der Darlehnssumme erlischt, der neue Gläubiger, der dem Schuldner die zur Befriedigung des alten Gläubigers erforderliche Summe leihet, vermöge der hypothekarischen Succession die Stelle des untergegangenen Pfandrechts erlangt und die mora accipiendi des alten Gläubigers den Schuldner folglich in keiner Weise hindert, dem neuen Gläubiger dieselbe Realsicherheit zu versprechen und zu gewähren.

2. Der Grund, weshalb nach Römischem Rechte der Lauf der Conventionalzinsen durch die mora accipiendi des Gläubigers nicht sistirt wird, liegt also einfach darin, daß dem Schuldner in der gerichtlichen Deposition ein Mittel gegeben ist, sich von der Darlehnsschuld und folglich von der Verpflichtung zur Verzinsung derselben auch wider den Willen des Gläubigers zu befreien und daß, da die gericht-

Digitized by Google

liche Depositon die Aufhebung der Schuld und der dafür bestellten Hypotheken ipso jure zur Folge hat, die mora accipiendi des Gläubigers dem Schuldner die Tilgung der Schuld und damit der Zinsverbindlichkeit nicht nur nicht unmöglich macht, sondern auch nicht einmal erschwert, indem es für den Schuldner keinen erheblichen Unterschied macht, ob er an den Gläubiger oder an das Gericht zahlt, die gerichtliche Depositon für ihn auch mit gar keiner Gefahr verbunden ist. — Die fragliche Bestimmung des römischen Rechts ist daher nicht als eine singuläre positive Vorschrift zu betrachten. Sie ist nur die natürliche Consequenz der dabei in Betracht kommenden Rechtsgrundsätze, und ihre heutige Anwendlichkeit kann demgemäß, so weit das durch Hingabe eines Darlehens begründete Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner und die zur Sicherheit dafür bestellte Hypothek nach römischem Rechte zu beurtheilen sind, keinem begründeten Zweifel unterliegen. Eine andere Frage aber ist, ob jene Bestimmung auch ohne Weiteres auf die in das Hypothekenbuch eines Guts eingetragenen Forderungen angewendet werden kann, oder ob die für diese geltenden besonderen Normen das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner nicht dergestalt verändern, daß die Voraussetzungen, auf denen jene Bestimmung beruhet, hier wegfallen und die Anwendlichkeit jener Bestimmung dadurch ausgeschlossen wird?

3. Das durch die Eintragung in das Hypothekenbuch begründete Recht unterscheidet sich nach §. 16 sub 1 der revidirten ritterschaftlichen Hypothekenordnung von der römisch-rechtlichen Hypothek zunächst schon dadurch, daß es nicht, wie diese, ein bloß accessorisches, zur Sicherung einer persönlichen Forderung dienendes Recht, sondern eine selbständige dingliche Belastung des Gutes ist, welche zwar ebenfalls zur Sicherheit für eine daneben bestehende



Digitized by Google

persönliche Forderung dienen kann, eine solche aber zu ihrer Existenz nicht voraussetzt, daher nach §. 10 sub 2 cit. nicht nur ohne eine solche entstehen, sondern auch da, wo sie zur Sicherheit für eine persönliche Forderung constituirt ist, nach deren Erlöschen fortbestehen kann. — Das fragliche Recht entsteht ferner nicht, wie die römische Hypothek, schon durch Vertrag, sondern erst durch Eintragung, und erlischt dem entsprechend nach §. 22 sub 1 der revidirten Hypothekenordnung nicht schon ipso jure durch Zahlung, gerichtliche Deposition oder sonstige Aufhebungsgründe, sondern erst durch Tilgung. Es wird endlich nach §. 13 der revidirten Hypothekenordnung über jede Eintragung von der Hypothekenbehörde ein Hypothekenschein ausgefertigt, der den Beweis der geschehenen Eintragung liefert, ohne dessen Rücklieferung oder Mortification daher nach §§. 19 und 21 eine einmal eingetragene Forderung weder umgeschrieben noch getilgt werden darf, und dessen Besitz für den darin benannten Gläubiger, sowie auch nach §. 27 sub 1 für denjenigen Inhaber, der sich als solcher rechtsgehörig legitimirt, nach §. 27 sub 2 die Folge hat, daß ihm eine wider den früheren Inhaber begründete Einrede gegen den fortwährenden Bestand der eingetragenen Forderung, also, wie die ausdrückliche Verweisung auf §. 21 sub 1 b. und c. zeigt, auch die Einrede der Zahlung oder gerichtlichen Deposition nicht entgegengesetzt werden darf.

4. Die Hypothekenbuchsforderung weicht also, um zunächst an diesem Punkte anzuknüpfen, von der römischen Darlehnsforderung darin ab, daß sie nicht, wie diese, schon durch Zahlung oder gerichtliche Deposition des Schuldbetrags, sondern erst durch die Tilgung im Hypothekenbuche erlischt. Zahlung und Deposition bewirken nach §. 22 sub 1 der revidirten Hypothekenordnung freilich einen Anspruch auf Tilgung. Allein eines Theils reicht der Nachweis der ge-

Digitized by Google

schehenen Zahlung oder Deposition zur wirklichen Erlangung der Tilgung nicht aus, vielmehr bedarf es dazu nach §. 21 sub 1 noch der Einlieferung oder zuvorigen Mortification des Hypothekenscheins. Anderer Seits ist der durch Zahlung oder Deposition begründete Anspruch auf Tilgung nur ein persönlicher, aus welchem dem Schuldner, wenn die intabulirte Forderung auf einen Andern übertragen ist, wider den neuen Inhaber nach §. 27 sub 2 nicht einmal eine Einrede gegeben wird, und die Zahlung oder gerichtliche Deposition sichert den Schuldner, so lange er nicht wieder in den Besitz des Hypothekenscheins gekommen ist, nicht dagegen, daß er auf Klage eines gutgläubigen neuen Inhabers nochmals zur Zahlung verurtheilt wird. — Um die Tilgung des Intabulats bewirken zu können und sich nicht der Gefahr einer zweimaligen Zahlung auszusetzen, muß der Schuldner daher, wie in §. 27 sub 3 ausdrücklich hervorgehoben wird, „gegen eine Zahlung des Kapitals die Aushändigung des Hypothekenscheins oder eine bewirkte Mortification verlangen"; und aus demselben Grunde wird einer Seits in §. 27 sub 4 gesagt, daß der Schuldner gegen die Auslieferung des Hypothekenscheins oder eine bewirkte Mortification rechtsgültig an Denjenigen zahlt, der sich als den Inhaber desselben legitimirt, und anderer Seits in §. 17 dem Gläubiger die Verpflichtung aufgelegt, gegen vollständige Befriedigung wegen seiner Forderung auf Verlangen des Schuldners und auf dessen Kosten seine Rechte ohne Gewährleistung zu cediren. — Gegen die letzte Vorschrift wird freilich vom Imploranten und dem darin mit ihm übereinstimmenden Erachten der Juristenfacultät zu Berlin hervorgehoben, daß die Ertheilung einer Quittung und die Rückgabe der Schuldocumente und Pfänder nicht als Gegenleistung gegen die Zahlung des Schuldners aufgefaßt werden können, daß daher die für



Digitized by Google

zweiseitige Geschäfte geltende Regel, wonach die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug erfolgen müßten, auf die Zahlung nicht anwendlich sei, daß vielmehr der Schuldner zunächst Zahlung zu leisten habe und erst durch diese Zahlung einen Anspruch auf Quittung und Rückgabe der Schulddocumente und Pfänder erwerbe, und daß, wenn die revidirte Hypothekenordnung sich auch des Ausdrucks: „gegen vollständige Befriedigung" bediene, darin doch eine Abänderung der für die Abwickelung des Zahlungsgeschäfts geltenden Bestimmungen des römischen Rechts nicht gefunden werden könne. Allein dieser Einwand kann nicht für zutreffend geachtet werden. — Die hier in Bezug genommenen Grundsätze des römischen Rechts entsprechen allerdings den nach diesem Rechte zu beurtheilenden Schuldverhältnissen, und für den Schuldner entspringt daraus auch keine besondere Gefahr, weil die Schuld durch die Zahlung getilgt wird, der Schuldner dabei auf die Möglichkeit einer inzwischen erfolgten Cession keine Rücksicht zu nehmen braucht, sondern, so lange ihm diese nicht angezeigt worden, an den Cedenten gültig zahlt und einer neuen Klage gegenüber nur den Beweis der geleisteten Zahlung zu führen braucht. Auf Ordrepapiere sowie überhaupt auf alle diejenigen Schuldverhältnisse, bei denen das Recht des Gläubigers ohne Wissen des Schuldners auf einen Andern übertragen werden kann und dieser durch den Besitz des Schuldpapiers als Inhaber der Forderung legitimirt wird, sind dagegen die gedachten Grundsätze des römischen Rechts nicht anwendlich. Hier kann der Schuldner, wenn er sich nicht der Gefahr einer doppelten Zahlung aussetzen will, nur gegen gleichzeitige Rückgabe des Schuldpapiers zahlen, und für Wechsel ist daher auch streitlos, daß der Gläubiger die Zahlung der Wechselsumme nur gegen gleichzeitige Rückgabe des quittirten Wechsels zu fordern berechtigt, die betreffende Bestimmung

Digitized by Google

der Art. 39 und 48 der A. D. W.-O. also ihrem Wortlaute gemäß zu interpretiren ist. — Der Hypothekenbuchsschuldner befindet sich nun in dieser Beziehung wegen der Bestimmung des §. 27 sub 2 der revidirten Hypothekenordnung in derselben Lage, wie der Wechselschuldner, und wenn sich die revidirte Hypothekenordnung in den §§. 17 und 27 sub 3 u. 4 der gleichen Ausdrucksweise bedient, wie die Art. 39 und 48 der A. D. W.-O., so sind die fraglichen Bestimmungen ohne Zweifel auch hier ihrem Wortlaute entsprechend auszulegen. — Völlig zweifellos ist dies bei der Bestimmung im §. 27 sub 3, wonach der Schuldner „gegen eine Zahlung des Kapitals die Aushändigung des Hypothekenscheins oder eine bewirkte Mortification verlangen" muß. — Dies kann nicht füglich dahin verstanden werden, daß er den Bestimmungen des römischen Rechts gemäß zuerst zahlen, nach beschaffter Zahlung aber sofort die Aushändigung des Hypothekenscheins verlangen müsse. Denn sobald er einmal gezahlt hat, ist damit, daß er dieses Verlangen stellt, nichts gewonnen. Es würde, wenn der Gläubiger diesem Verlangen nicht entspricht, nur die Klage übrig bleiben, mit der ohne gleichzeitige Aushändigung des Hypothekenscheins erfolgten Zahlung also für ihn der Nachtheil bereits eingetreten sein, zu dessen Abwendung er gegen die Zahlung die Aushändigung verlangen muß.

5. Braucht nun aber der Hypothekenbuchsschuldner nicht anders, als gegen Auslieferung des Hypothekenscheins nebst Quittung oder Cession oder gegen bewirkte Mortification zu zahlen, und weist die revidirte Hypothekenordnung ihn ausdrücklich darauf hin, daß er zu seiner Sicherheit gegen Zahlung des Kapitals diese Aushändigung oder Mortification verlangen muß; so folgt daraus auch von selbst, daß, wenn der Gläubiger die Annahme der offerirten Zahlung oder die Rückgabe des Hypothekenscheins verweigert, die im römischen

Digitized by Google

Rechte dem Schuldner für den Fall der mora accipiendi des Gläubigers gestattete gerichtliche Deposition bei Hypothekenbuchsforderungen ein ganz ungenügendes Auskunftsmittel ist und dem Schuldner in keiner Weise zugemuthet werden kann, da sie einer Seits bei Hypothekenbuchsforderungen nicht dieselben Wirkungen hat, wie bei einer gewöhnlichen Darlehnsforderung und anderer Seits für den Schuldner mit Nachtheilen und Gefahren verbunden ist. — Zunächst kommt in Betracht, daß die Hauptschuld nicht schon durch die gerichtliche Deposition der Schuldsumme, sondern erst durch die Tilgung im Hypothekenbuche aufgehoben wird, daß also der Grund, aus welchem nach römischem Rechte die Zinsverbindlichkeit durch Deposition ihre Endschaft erlangt, hier nicht zutrifft, und man würde, wenn man an dem Satze festhält, daß der Lauf der Conventionalzinsen durch die mora accipiendi des Gläubigers nicht unterbrochen wird, consequenter Weise zu dem Resultate kommen müssen, daß dies auch nicht durch die Deposition des Kapitals, sondern erst durch die Tilgung des Intabulats bewirkt werde, weil erst dadurch die Forderung aufgehoben wird. Daneben aber hat die gerichtliche Deposition für den Schuldner im Vergleich mit der Zahlung den erheblichen Nachtheil, daß er dadurch den Besitz des Hypothekenscheins, ohne dessen Rückgabe er nicht zu zahlen braucht, nicht erlangt. Die Deposition verschafft ihm mithin — §. 21, 1 c. der revidirten Hypothekenordnung — noch nicht die Möglichkeit, die Tilgung der eingetragenen Forderung zu bewirken, und setzt ihn zugleich der Gefahr aus, daß er für den Fall einer vom Gläubiger vorgenommenen Cession an den neuen Inhaber nochmals zahlen muß, hebt auch diesem gegenüber seine Verpflichtung zur Zinszahlung nicht auf. — Durch die Deposition versetzt sich der Hypothekenbuchsschuldner daher in dieselbe Lage, in welcher er sich befinden würde, wenn er ohne gleichzeitige

Digitized by Google

Rückgabe des Hypothekenscheins gezahlt hätte; und es würde eine unberechtigte Anwendung des römischen Rechts auf anders geartete Rechtsverhältnisse sein, wenn man auf Grund der fraglichen Bestimmung dieses Rechts dem Hypothekenbuchsschuldner die Pflicht auflegen wollte, den Betrag der Forderung zu deponiren, um sich von der Verpflichtung zur Verzinsung derselben zu befreien, obgleich die Hauptforderung dadurch nicht aufgehoben wird und der Schuldner sich dabei der Gefahr aussetzt, für den Fall einer Cession das Kapital an den neuen Inhaber noch einmal zahlen zu müssen, und obgleich diesem gegenüber jedenfalls auch der Lauf der Conventionalzinsen dadurch nicht unterbrochen wird. — Um sich für den Fall einer Cession sicher zu stellen, bleibt dem Schuldner nichts Anderes übrig, als unter dem Erbieten zur Zahlung auf Auslieferung des Hypothekenscheins zu klagen, inzwischen aber das Geld zur Disposition zu halten; und für Hypothekenbuchsforderungen kommt daher der allgemeine Rechtsgrundsatz zur Anwendung, daß der Gläubiger, der durch seine mora accipiendi den Schuldner hindert, sich durch Zahlung des Capitals von seiner Zinsverbindlichkeit zu befreien, daraus keine Rechte für sich ableiten kann, daher seiner Zinsforderung die exceptio doli entgegensteht.

6. Zu demselben Resultate führt die bereits in der sententia contra quam hervorgehobene Bestimmung in §. 17 der revidirten Hypothekenordnung, wonach der Inhaber eines Hypothekenscheines verpflichtet ist, gegen vollständige Befriedigung wegen seiner Forderung auf Verlangen des Schuldners und auf dessen Kosten seine Rechte ohne Gewährleistung zu cediren. — Bei Hypothekenbuchsforderungen beruhet die Sicherheit des Darlehnsgebers gerade auf der Intabulation und der dadurch gesicherten Priorität seiner Forderung, und es kommen dabei die Persönlichkeit und die sonstigen Vermögensverhältnisse des Schuldners verhältniß-

Digitized by Google

mäßig wenig in Betracht. Jene Sicherheit erlangt der Darleiher aber erst durch die Intabulation und den Besitz des Hypothekenscheins; er wird daher, zumal wenn ihm die Persönlichkeit und die sonstigen Vermögensverhältnisse des Besitzers des Gutes nicht näher bekannt sind oder ihm keine genügende Sicherheit bieten, wünschen müssen, schon bei Hingabe des Darlehns wegen der Eintragung seiner Forderung gesichert zu sein und, wo möglich, schon gegen Zahlung der Darlehnssumme den Hypothekenschein zu erhalten. Dieses Verkehrsbedürfniß wird bei schon intabulirten Forderungen am einfachsten durch die Form der Cession befriedigt, indem dabei der neue Gläubiger den Hypothekenschein nebst der Cessionsacte direct von dem bisherigen Gläubiger gegen Zahlung des Kapitals in Empfang nehmen und selbst die Umschreibung auf seinen Namen beantragen kann; und um den Hypothekenbuchsschuldnern die Wiederanschaffung der gekündigten Kapitalien zu erleichtern, ist den Gläubigern in §. 17 der revidirten Hypothekenordnung die Verpflichtung zur Cession aufgelegt. — Bei dem Verlangen einer solchen Cession von Seiten des Schuldners bleibt nun freilich die Stellung des Gläubigers zu demselben insofern unverändert, als der Gläubiger die Schuldsumme nach wie vor vom Schuldner zu fordern und dieser für die Zahlung Sorge zu tragen hat; und wie es dem Gläubiger gleichgültig ist, ob der Schuldner selbst zahlt oder ob ein Dritter in seinem Auftrage die Zahlung leistet, so macht es in Bezug auf sein Interesse auch keinen Unterschied, ob er gegen Empfang des Schuldbetrags eine Quittung ertheilt oder seine Forderung ohne Gewährleistung cedirt. — Daraus, daß es dem Gläubiger nur darauf ankommt, den Betrag seiner Forderung zu erhalten, und daß es für ihn keinen Unterschied macht, ob er gegen Empfang desselben quittirt oder ohne Gewährleistung cedirt, kann indeß nicht gefolgert werden, daß er

Digitized by Google

ungeachtet der vom Schuldner verlangten Cession den Betrag seiner Forderung in Wirklichkeit von diesem erhält und die von ihm ertheilte Cession nur eine andere Form der Quittung ist; vielmehr ist das Rechtsgeschäft nach allen Seiten hin rechtlich nicht als eine Zahlung, durch welche die Forderung getilgt, sondern als eine Cession, durch welche die Forderung auf den Cessionar übertragen wird, zu beurtheilen, und was der Gläubiger gegen Ertheilung der Cession empfängt, empfängt er zwar zur Befriedigung seines Forderungsrechts, nicht aber als eine vom Schuldner zur Tilgung der Forderung selbst geleistete Zahlung, sondern gleichsam als Kaufpreis für die von ihm cedirte Forderung. In Wirklichkeit bildet somit diese von dem Gläubiger nicht zu verweigernde Cession die gesetzlich festgestellte Gegenleistung für die von ihm geforderte Zahlung, und daraus folgt von selbst nicht allein, daß die in rat. 1 erörterten, für die Zahlung geltenden gemeinrechtlichen Grundsätze auf das hier fragliche Rechtsverhältniß keine Anwendung finden, sondern auch, daß Letzteres in Bezug auf das Zusammentreffen der mora accipiendi und solvendi des Gläubigers allerdings in demselben Sinne zu beurtheilen ist, der bei allen gegenseitigen Vertragsverhältnissen unbestritten dann zur Geltung kommt, wenn der eine Contrahent seine Leistung anbietet und die Gegenleistung fordert, damit aber vom andern Contrahenten zurückgewiesen wird. Die Analogie von der Rückgabe des Pfandes trifft nicht zu, weil einer Seits, wie bereits oben erwähnt, die Aufhebung der Hypothekenbuchsforderungen nicht schon, wie bei sonstigen Schuldforderungen, durch Zahlung, selbst nicht durch Deposition, vielmehr erst durch Tilgung im Hypothekenbuche erfolgt, und anderer Seits, weil bei diesen intabulirten Schuldforderungen das Grundstück selbst und nicht die Person des zeitigen Eigenthümers das eigentlich verpflichtete

Digitized by Google

Subject ist, Letzterer sogar ein solches Intabulatum nach §. 16 sub 4 der revidirten Hypothekenordnung durch Cession für sich selbst als Gläubiger zu erwerben berechtigt bleibt. Wenn aber das Gutachten der Berliner Juristenfakultät am Schlusse darauf hinweiset, daß die Cessionspflicht des Gläubigers in dem in concreto fraglichen Verhältnisse ähnlich sei der Cessionspflicht des Gläubigers, der von einem Bürgen Zahlung erhalten hat, so wird eben hiedurch Inhalts der dort citirten lex 36 Dig. de fidejuss. (46, 1) verbis: „non in solutum accipit sed quodam modo nomen debitoris vendidit", nicht allein die Richtigkeit des obigen, für das vorliegende Verhältniß geltend gemachten Gesichtspunktes des Verkaufs bestätigt, sondern es ergiebt sich auch aus den hierauf bezüglichen weiteren Bestimmungen der

l. 27 §. 5, l. 28 D. mandati (17. 1),
l. 13 D. de fidejuss. (46. 1),

daß der von dem Gläubiger belangte Bürge in denjenigen Fällen, in welchen demselben ein selbständiges Klagerecht gegen den Hauptschuldner nicht zusteht, die Zahlung nicht eher zu leisten braucht als bis der klagende Gläubiger ihm seinen Anspruch an den Hauptschuldner abgetreten hat, Zahlung und Cession der Klagen mithin hier ebenfalls Zug um Zug erfolgen muß. In einer durchaus gleichartigen Lage, wie der Bürge, dem ein selbständiges Klagrecht gegen den Hauptschuldner nicht zusteht, befindet sich aber der Hypothekenbuchsschuldner dem Intabulat gegenüber, indem derselbe zur weiteren Disposition über Letzteres ohne den Besitz des Hypothekenscheins und resp. ohne erlangte Cession desselben überall nicht im Stande ist. — Hienach gestaltet sich das Rechtsverhältniß in Grundlage des §. 17 der revidirten Hypothekenordnung einfach dahin: der Schuldner ist nicht unbedingt zur Rückzahlung verpflichtet, sondern genügt seiner Verpflichtung, wenn er, statt selbst zu zahlen,

Digitized by Google

dem Gläubiger einen Cessionar stellt, der entweder selbst gegen Cession der Forderung deren Betrag zahlt, oder für dessen Rechnung der Schuldner dies thut. Der Gläubiger, der diese Cession nicht verweigern kann und dem mit dem Verlangen derselben der Betrag in gehöriger Weise offerirt wird, wird dadurch nicht, wie der Gläubiger bei dem Anbieten der solutio, bloß in moram accipiendi, sondern auch in Bezug auf die von ihm zu ertheilende Cession in moram solvendi versetzt; er bleibt, wenn er rechtswidrig die Annahme des Geldes oder die Herausgabe des Hypothekenscheins und die Ertheilung der Cession verweigert, zur Cession der Hauptforderung sowie der seit der Oblation laufenden Conventionalzinsen verpflichtet; und wenn er seiner Seits auch bis zur wirklichen Cession die Zinsen vom Schuldner zu fordern hat, so steht diesem Rechte doch die Pflicht, dieselben dem ihm vom Schuldner namhaft gemachten Cessionar zu cediren, entgegen. — Um diese Cessionsverbindlichkeit zu begründen, bedarf es der gerichtlichen Deposition in keiner Weise; und die Unanwendlichkeit der in rat. 1 erörterten Grundsätze auf diesen Fall ergiebt sich auch aus folgenden Erwägungen. Zunächst kann vom Schuldner eine ihrem Effecte nach der Zahlung gleichstehende Deposition schon deshalb nicht begehrt werden, weil die Forderung nicht aufgehoben, sondern cedirt werden soll, und die Verpflichtung des Gläubigers zur Cession dadurch nicht erhöht werden würde. Daß der Cessionar den Kaufpreis für die zu cedirende Forderung bei Gericht deponirt, würde aber die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung der Zinsen nicht aufheben, da hiedurch der Bestand der zu cedirenden Forderung in keiner Weise alterirt wird. — Sodann aber würde mit der Forderung der Deposition dem Schuldner eine Verpflichtung aufgelegt, der er ohne erhebliche Nachtheile nicht zu genügen vermag und die mit dem Zwecke der Bestimmung

Digitized by Google

im §. 17 der rev. Hypothekenordnung in directem Widerspruche stehen würde. — Der neue Darlehnsgeber, der dem Schuldner das gekündigte Kapital zugesagt und von diesem den Auftrag erhalten hat, dasselbe gegen Cession und Herausgabe des Hypothekenscheins an den alten Gläubiger zu zahlen, ist, wenn dieser die Annahme des Geldes oder die Herausgabe des Hypothekenscheines verweigert, nicht verpflichtet und wird auch in der Regel nicht geneigt sein, ad depositum zu zahlen, weil er dabei nicht übersehen kann, ob und wann er die versprochene Sicherheit erhält. Er würde dazu aber auch ohne einen ausdrücklichen Auftrag des Schuldners gar nicht berechtigt sein, da, wie bereits gezeigt, der Schuldner dadurch von seiner Schuld nicht befreit wird, sondern für den Fall einer anderweitigen Cession des Gläubigers dem neuen Inhaber des Hypothekenscheins für Kapital und Zinsen verhaftet bleibt. — Der neue Darlehnsgeber wird daher in dem fraglichen Falle nichts Anderes thun können, als daß er den Schuldner von der Weigerung des alten Gläubigers in Kenntniß setzt und das Geld bis zur Erledigung des Streits zur Disposition hält, und von dem Schuldner verlangen dürfen, daß dieser ihm gegen Zahlung des Geldes den verheißenen Hypothekenschein liefert. — Der Schuldner aber, der zur Befriedigung des alten Gläubigers eine neue Anleihe macht, wird häufig schon factisch nicht in der Lage sein, den Betrag aus eigenen Mitteln zu deponiren; und wenn eine solche subjective Unmöglichkeit sonst auch nicht in Betracht kommt, so darf hier doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß er sich durch Contrahirung einer neuen Anleihe bereits in den Stand gesetzt hatte, den alten Gläubiger zu befriedigen, daß dieser ihn durch die rechtswidrige Vorenthaltung des Hypothekenscheins gerade verhindert, seiner Verpflichtung in der ihm durch §. 17 der revidirten Hypothekenordnung gestatteten Weise zu genügen, und daß vom

Digitized by Google

Schuldner doch unmöglich verlangt werden kann, nicht nur die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers in der §. 17 cit. gestatteten Weise herbeizuschaffen, sondern daneben auch noch für den Fall, daß der Gläubiger diese Befriedigung in rechtswidriger Weise verhindert, eine zweite Anleihe zu machen, um den Betrag gerichtlich zu deponiren.

7. Die Entscheidung des vorliegenden Streits hängt daher von der Frage ab, ob der Implorant sich am 17. Juli 1866 mit Unrecht geweigert hat, die ihm offerirte Summe anzunehmen und die Hypothekenscheine mit Cession herauszugeben. Wenn derselbe in dieser Beziehung in jetziger Instanz zunächst gegen die Annahme der sententia contra quam, daß er die Herausgabe der Hypothekenscheine verweigert habe, Einwendungen erhebt; so ist dies unbeachtlich. Denn wenn er die ihm offerirte Summe aus dem Grunde zurückwies, weil sie den von ihm geforderten Betrag nicht erreichte, so lag darin von selbst die Weigerung, die Hypothekenscheine nebst Cessionsacten gegen Empfang der offerirten Summe herauszugeben, wenn er nicht, was er nicht gethan hat, seine Weigerung ausdrücklich dahin erläuterte, daß er zur Herausgabe der Hypothekenscheine nebst Cessionsacten gegen Empfang der offerirten Summe bereit sei, sich aber wegen der Differenz seine Ansprüche vorbehalte. Im Uebrigen genügt eine Bezugnahme auf die Gründe der früheren Entscheidungen und bedarf es nur noch folgender Bemerkungen. — Daß der Schuldner den durch seine mora dem Gläubiger verursachten Schaden erstatten muß, ist unbestritten; der Gläubiger muß diesen Schaden aber wirklich erlitten haben. Bei Geldschulden tritt hievon allerdings insoferne eine Ausnahme ein, als der Gläubiger die gesetzlichen Verzugszinsen ohne Liquidation und Nachweis des wirklichen Schadens zu fordern berechtigt ist. Zur Begründung einer höheren Schadensforderung aber gehört die Behauptung und eventuell der

Digitized by Google

Nachweis, daß er diesen Schaden wirklich erlitten hat. Die Forderung dreimonatlicher Bankzinsen würde daher nach unseren Verkehrsverhältnissen gerechtfertigt gewesen sein, wenn er wirklich das Geld von der Bank auf drei Monate geliehen gehabt hätte. Er hätte dann aber, als ihm die Zahlung offerirt wurde, dies behaupten oder den wirklich entstandenen Schaden liquidiren müssen. So lange er dies nicht that, genügte der Schuldner seiner Verpflichtung, wenn er das Kapital mit den gesetzlichen Verzugszinsen offerirte, und der Implorant gerieth seiner Seits in Verzug, wenn er die Annahme dieser Summe und die Herausgabe des Hypothekenscheins verweigerte, ohne dem Schuldner zugleich durch Liquidation des wirklich erlittenen Schadens Gelegenheit zu geben, sich zur Erstattung desselben zu erbieten.

---

## 38.

**Kauf. Empfangbarkeit der Waare.** Pa. 540/1865.

Die Entscheidungsgründe zu einem Erkenntnisse des O.-A.-Gerichts vom 8. Mai 1865 enthalten folgende Ausführungen:

1. Nach der bestimmten Erklärung des Klägers in der Replik ist die Klage auf die vom Beklagten zugestandenen Thatsachen gegründet, daß Kläger dem Beklagten eine Quantität Leim verkauft, am Tage darauf mit dem Letzteren über den Kaufpreis sich berechnet und auf den mit 537 Thlr. anerkannten Schuldbetrag 200 Thlr. baar sowie ein schriftliches Zahlungsversprechen empfangen habe, in welchem der Leim als geliefert bezeichnet und die Berichtigung von 337 Thlr. zum 12. October vom Beklagten verheißen sei. Ein derartiges Zahlungsversprechen genügt als constitutum debiti

proprii zur Fundirung der Klage; wenn dem Zahlungstage die Jahreszahl nicht hinzugefügt ward, so ist dies irrelevant, da beim Mangel anderweitiger Verabredung unter dem angegebenen Tage der nächstfolgende 12. October zu verstehen sein würde; ohnehin erkennt Beklagter diese Auslegung als die mit dem Willen der Contrahenten übereinstimmende an. Mag nun auch Beklagter bei Abgabe des Zahlungsversprechens seine Ansprüche auf die Gegenleistung vorbehalten haben, so folgt doch aus der Ertheilung des schriftlichen Zahlungsversprechens neben der Abschlagszahlung von 200 Thlr., daß Kläger zur Beitreibung des Schuldrestes sich zunächst auf das Zahlungsversprechen sollte stützen dürfen.

Die Verurtheilung des Beklagten auf den unbestrittenen und von demselben offerirten Theil der 337 Thlr. gereicht daher dem Beklagten nicht zur Beschwerde.

2. Beklagter hat die gekaufte Quantität Leim erhalten, davon jedoch drei Fässer wegen contractwidriger Beschaffenheit zur Verfügung des Klägers gestellt, und dieserhalb nicht nur die Zahlung verweigert, sondern auch Schadenersatz gefordert. Die Beweislast mußte ihn schon aus dem Grunde treffen, weil hier ein Handel über eine species vorliegt. Beklagter hat nämlich persönlich nach vorgängiger Besichtigung eine bestimmte, bereits ausgeschiedene Quantität Leim gekauft. Kläger hatte daher nur diesen Leim zu liefern, und wenn Beklagter den Empfang ablehnt, sei es wegen Existenz von Fehlern oder wegen Mangels zugesagter Eigenschaften, so ist es, da das angebotene Kaufobject das bereits vertragsmäßig individualisirte war, seine Sache, die verweigerte Zahlung zu rechtfertigen.

l. 4 D. de probationibus (22, 3),
l. 3 C. de aed. actionibus (4, 58),
Thoel, Handelsrecht, 4. Aufl. §. 85, S. 503, 504.

3. Mittels seines Schreibens vom 23. September 1863

Digitized by Google

hatte Kläger seinen zum 1. October ejusd. anni fertig werdenden Vorrath von Leim dem Beklagten zum Kaufe angestellt mit dem Bemerken, daß der Posten 45 bis 50 Centner betrage, und vier verschiedene Sorten, von denen er Proben beilegte, enthalte, und zwar einige 20 Centner von der besten Sorte, von den drei anderen Sorten je 10 Centner oder wohl etwas weniger; es ward ein Durchschnittspreis von 13 Thlr. für den Centner einschließlich Fastage mit 1 pCt. Gutgewicht, frei Hamburger Bahnhof zu liefern, gefordert. Beklagter hat nun den Handel in Grundlage dieser Offerte und der beigefügten Proben nicht abgeschlossen, sondern sich nach Schwerin begeben, den bereits in Fässern verpackten Leim, wenn auch nur obenhin, besichtigt und das also individualisirte Quantum Leim zu einem auf 12 Thlr. für den Centner ermäßigten Durchschnittspreise und mit Erhöhung des Gutgewichts auf 5 pCt. für das Faß nr. 9, im Uebrigen mit 1 pCt. Gutgewicht und frei Hamburger Bahnhof, gekauft. Hienach kann der vom Beklagten behauptete Umstand, daß einzelne Fässer verschiedene Sorten in gesonderten Lagen enthalten, zur Redhibition nicht berechtigen; daraus ist eine mangelhafte Beschaffenheit der Waare nicht zu entnehmen, da eben verschiedene Sorten verkauft waren. Lag die Verpackung der verschiedenen Sorten in besondere Fässer im Interesse des Käufers, so war es seine Sache, dafür Sorge zu tragen, daß dies geschehe. Die angebliche Art und Weise der Verpackung kann daher nur aus dem Gesichtspunkte einer dem Verkäufer zur Last fallenden Täuschung zur Rescission des Handels führen. Eine vom Kläger beabsichtigte Täuschung läßt sich nun nicht schon dann annehmen, wenn Verkäufer es bei der Besichtigung unterlassen haben sollte, den Käufer auf den verschiedenartigen Inhalt einzelner Fässer aufmerksam zu machen, denn über das quantitative Verhältniß der einzelnen Sorten zu

Digitized by Google

einander hatte derselbe bereits in der brieflichen Offerte sich näher ausgesprochen. Beklagter behauptet auch überall nicht, daß die Ablieferung wesentlich von dem Inhalte dieser Erklärung differire. Anders würde der Fall freilich dann liegen, wenn Beklagter bei der früheren Erklärung des Klägers sich nicht beruhigt und auf seine bei der Besichtigung gestellten Anfrage vom Kläger die Zusicherung erhalten hätte, daß in jedem Fasse der Leim von gleichmäßiger Beschaffenheit sei. Das desfallsige Vorbringen des Beklagten ist bestritten und traf ihn dieserhalb nach den Ausführungen in rat. 2 die Beweislast.

---

## 39.

**Redhibition einer gekauften Quantität wegen fehlerhafter Beschaffenheit einzelner Gegenstände nach gemeinem und Handelsrechte.** Jo. 256/1868.

Der Beklagte hatte dem Kläger die von seiner Heerde gewonnene und vom Kläger in Augenschein genommene Wolle verkauft und, in Säcke verpackt, welche der Kläger ihm zu diesem Zwecke geschickt hatte, abgeliefert. Kläger verkaufte diese Wolle, ohne dieselbe zu besichtigen, nach Berlin, und es fanden sich hier, nach der Behauptung des Klägers, die er durch ein Maklerattest bescheinigte, bei der von dem Käufer vorgenommenen Besichtigung „in mehreren Ballen am Kopfende und in der Mitte mehrere Bünde, worin in jedem derselben ein Vließ ungewaschene Wolle eingebunden war". Der Kläger verlangte aus diesem Grunde die Zurückerstattung des Preises für die gesammte Wolle nebst Zinsen und Ersatz des durch die Wiederauflösung des Weiterverkaufs entstandenen Schadens, während Beklagter, welcher die Behauptungen des Klägers leugnete und nur zuge-



Digitized by Google

stand, daß durch ein Versehen seines Schäfers zwei Bockvließe, die allenfalls als ungewaschen bezeichnet werden könnten, mit eingepackt seien, sich nur zur Rückzahlung eines dem Gewichte dieser beiden Vließe entsprechenden Theiles des Preises verpflichtet hielt. — Die Klage wurde durch das erste Urtheil angebrachtermaßen abgewiesen und diese in zweiter Instanz aufgehobene Entscheidung durch Erkenntniß vom 17. December 1868 aus folgenden Gründen wiederhergestellt.

1. — — — — —

2. Geht man bei der Beurtheilung des Falles zunächst von den Grundsätzen des gemeinen bürgerlichen Rechts aus, so ist es allerdings zuvörderst klar, daß hier insofern der Verkauf und Kauf einer Species stattgefunden hat, als Kläger von dem Beklagten nicht ein beliebiges Quantum Wolle, sondern gerade die von dessen eigener Schafheerde bei der Schur des Frühlings 1867 producirte Wolle kaufte, wie er solche an Ort und Stelle in Augenschein genommen hatte. Auch ist ohne eine dieserhalb getroffene ausdrückliche Vereinbarung in Ermangelung einer entgegenstehenden Abrede unbedenklich anzunehmen, daß die Absicht des Käufers nur auf den Ankauf gewaschener Wolle gerichtet und er zu der Annahme berechtigt war, daß der Verkäufer gerade solche und nur solche ihm liefern werde.

Allein der erstere Gesichtspunkt hat keineswegs die Folge, daß das gekaufte Object ohne Weiteres als ein untheilbares Ganzes zu betrachten ist, so daß nach den Grundsätzen des Aedilitischen Edicts schon der geringste nach den Bestimmungen desselben von dem Verkäufer zu prästirende Fehler den Käufer zur Redhibition des Ganzen berechtigte. Vielmehr kommt es, ungeachtet der hier stattgefundenen Individualisirung der Waare, wodurch dieselbe als Species erscheint, in dieser Beziehung zunächst auf deren natürliche Beschaffenheit und sodann weiter auf die Art und Weise an,

Digitized by Google

in welcher dieselbe zum Gegenstande des Kaufs gemacht ist. In ersterer Hinsicht stellt sich dieselbe aber als eine aus einer Mehrzahl gleichartiger Theile bestehende Masse dar, deren einzelne Bestandtheile insofern vollkommen unterscheidbar sind, als nach der bei der Wollschur bestehenden Uebelichkeit die einzelnen Vließe für sich erkennbar, wie auch hier geschehen, zu Dreien in besonderen Ballen zusammengebündelt werden; und was den letzteren Punkt anbetrifft, so hat der Verkauf der Wolle nach dem Gewichte stattgefunden, ist die äußerlich und individuell begrenzte Masse also als Quantität behandelt worden in solcher Weise, daß sich für jeden unterscheidbaren Theil des Ganzen der dafür gezahlte Preis besonders berechnen läßt. Endlich, und dies führt auf den zweiten, im Eingang dieses Entscheidungsgrundes hervorgehobenen Gesichtspunkt hin, ist aber auch nach der Behauptung des Klägers das Kaufobject in qualitativer Hinsicht, also der Gattung nach, insofern noch weiter individualisirt worden, daß nach der vorauszusetzenden und insoweit übereinstimmenden Absicht des Käufers und des Verkäufers gewaschene Wolle gerade den Gegenstand des Handels bilden sollte.

3. Aus dieser Beschaffenheit und diesem Inhalte des hier abgeschlossenen Kaufcontracts ergiebt sich aber, daß wenn dieser für die Qualität der Waare als maßgebend zu betrachtenden Bestimmung ungeachtet der Verkäufer nicht bloß gewaschene Wolle geliefert hat und dieses dem Contracte nicht entsprechende Verfahren später erst zum Vorschein gekommen ist, nachdem die Waare bereits angenommen und nach dem bei der Ablieferung festgestellten Gewicht bezahlt worden war, der Käufer bloß die Rücknahme dieses Theils der Lieferung gegen Rückerstattung des demselben entsprechenden Theils des gezahlten Kaufpreises, und, soweit dem Verkäufer hiebei eine ihm zu imputirende Verschuldung zur Last



Digitized by Google

fällt, außerdem auch Ersatz des hiedurch ihm, dem Käufer, verursachten Schadens würde beanspruchen können. Dies ergiebt sich von selbst, wenn man in jener Bestimmung eine Begrenzung des Kaufobjects, also eine Beschränkung des Kaufs auf denjenigen Theil der vom Verkäufer producirten Wolle, welche bei der Schur in ordnungsmäßiger Weise der Wäsche unterzogen ist, erblicken will, da alsdann die ungewaschene Wolle nicht mitverkauft und demnach der Käufer berechtigt gewesen sein würde, diesen Theil der ihm gelieferten Wolle zurückzuweisen, wie er es auch hinsichtlich des ungewaschenen Theils der Lockenwolle gethan hat. — Zu eben diesem Resultate gelangt man aber auch dann, wenn man in jener Bestimmung die Verheißung einer bestimmten Güte der vom Verkäufer zu liefernden Waare enthalten sieht, mag man nun dabei von den Grundsätzen des Civilrechts ausgehen oder die Vorschriften des Aedilitischen Edicts zur Anwendung bringen. Denn das Kaufobject bildet hier, wie gezeigt, seiner physischen und juristischen Beschaffenheit nach kein untheilbares Ganzes, und so würde, wenn einzelne unterscheidbare Bestandtheile der gekauften Masse nicht die verheißene Güte zeigen, der Käufer nach dem Civilrecht regelmäßig nur Ersatz des Minderwerths, welchen der betreffende Theil der Waare wegen dieses Mangels hat, nach dem Aedilitischen Edicte statt dessen auch die Redhibition dieses Theiles des Kaufobjects beanspruchen können, nicht aber Auflösung des ganzen Handels zu fordern berechtigt sein, und würde es, abgesehen von weiter etwa noch dem Käufer zustehenden Schadensansprüchen, in dieser Hinsicht auch nicht einmal einen Unterschied begründen, ob wegen dieses Mangels der verheißenen Eigenschaften, den ein Theil der gelieferten Waare zeigt, den Verkäufer außerdem noch der Vorwurf eines dolus oder einer sonst nach dem Kaufcontracte von ihm zu prästirenden Verschuldung trifft.

Digitized by Google

4. Das Handelsrecht ist jedoch, wie Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I. 2. S. 548 ff., zutreffend ausführt und in einzelnen Beispielen zeigt, hinsichtlich der Beurtheilung der Empfangbarkeit einer Waare bei diesen Grundsätzen des Aedilitischen Edicts nicht stehen geblieben, sondern erkennt auch rein handelsmäßige Mängel an, in Folge deren eine Waare aufhört Kaufmannsgut oder Handelsgut zu sein, d. h. „eine Waare, welche nach Gesetz, Gebrauch (auch Ortsgebrauch) und Anschauung des redlichen Handels allgemein gegeben und genommen wird". Soll eine Waare daher von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet als empfangbar gelten können, „so muß sie frei sein von Fehlern, welche ihre natürliche oder ihre dem anderen Theile bekannte concrete Verwendungsbestimmung, im Handel vornemlich ihren weiteren handelsmäßigen Umsatz, zu den regelmäßigen Preisen beeinträchtigen". Ein solcher Fehler kann aber auch, wie dort hervorgehoben wird, durch die Art der Verpackung hervorgerufen sein.

Auf diesen Standpunkt hat sich daher auch der Kläger gestellt, indem er behauptet, daß durch die nach Ausweis des Mäkleratteste — Anlage A. der Klage — vom Beklagten geschehene Vermischung und Verpackung einzelner ungewaschener Vließe mit den gewaschenen das ganze von ihm gelieferte Wollquantum aufgehört habe, ein für den weiteren Umsatz im Wollhandel geeignetes Handelsgut zu sein. Bei dem raschen Umsatze der Wolle in der Zeit der Wollmärkte habe nämlich der einzelne Käufer, welcher ein größeres Wollquantum, wie die Schur eines ganzen Gutes, zum Zwecke des Weiterverkaufs kaufe, regelmäßig weder die Zeit noch die Gelegenheit, die ganze von ihm gekaufte Masse darauf speciell und genau zu untersuchen, ob etwa und wie viel ungewaschene Wolle der in Säcke verpackten, ihm gewaschen zu liefernden Wolle beigemischt sei. Finde er daher

Digitized by Google

bei der von ihm nur anzustellenden oberflächlichen Untersuchung der gelieferten Wolle dem betreffenden Quantum auch nur den kleinsten Theil ungewaschener Wolle beigemischt, so bleibe ihm, da das hiedurch gegen die Waare entstandene Mißtrauen diese Wolle für ihn wie für andere Käufer unverkäuflich erscheinen lasse, und eine vollständige Umpackung und Sortirung der Wolle nach dem Obigen ihm nicht zugemuthet werden könne, nichts Anderes übrig, als das ganze betreffende Wollquantum, an welchem dieser Fehler entdeckt worden sei, seinem Verkäufer zur Disposition zu stellen, und müsse er hienach dazu auch für berechtigt gehalten werden.

5. Diese Behauptung geht indeß nach verschiedenen Seiten zu weit. Einmal ist gar nicht erweislich zu machen, daß in der Regel oder auch nur in der Mehrzahl der Fälle der Käufer eines größeren Quantums Wolle etwa von dem Umfange des hier vorliegenden, wenn er bei der sofort nach der Ablieferung der Waare ihm obliegenden Untersuchung derselben in Beziehung auf ihre Empfangbarkeit eine solche Beimischung ungewaschener Wolle in einem einzelnen Ballen entdeckt, statt eine nähere Untersuchung der übrigen Ballen vorzunehmen, ohne Weiteres sich bewogen sehen wird, dieselbe seinem Verkäufer zurückzustellen und den Kauf aufzuheben. Es wird dies eben ganz davon abhängen, ob ihm der Kauf sonst convenirt, und ein vorsichtiger Käufer wird um so mehr zu einer solchen genaueren Untersuchung sich gedrungen fühlen, als von den Ergebnissen derselben gerade das endliche Urtheil über die Empfangbarkeit der Waare und, wenn er den Kauf festhalten will, der Umfang der wider den Verkäufer ihm etwa wegen des entdeckten Mangels zu stehenden Schadensansprüche abhängt. Auch ist eine solche Untersuchung in keiner Weise für so zeitraubend zu halten, daß der rasche Gang des Wollhandels die Möglichkeit der-

Digitized by Google

selben ausschlösse. Der Bequemlichkeit des Käufers macht aber das Recht überall keine Zugeständnisse. Das Mißtrauen gegen die Waare wird dadurch beseitigt, daß der Käufer die ungewaschene Wolle ausscheidet. Schon die Angabe ihres Vorhandenseins entfernt dasselbe. Von einer Unverkäuflichkeit kann gar nicht die Rede sein, wenn die ungewaschene Wolle besonders gelegt wird. Ein Handelsgebrauch der hier vom Kläger behaupteten Art kann daher überall nicht als vorhanden zugegeben werden, und würde keinenfalls rechtlich beachtlich sein, wie denn auch die Sententia a qua selbst nicht annimmt, daß jede kleinste Beimischung ungewaschener Wolle schon ein größeres Wollquantum als unempfangbar erscheinen läßt.

6. Damit im vorliegenden Falle sich mit einiger Sicherheit hätte beurtheilen lassen, ob die behauptete Beipackung ungewaschener Wolle bei der als verkauft zu betrachtenden gewaschenen Wolle in der That von solcher Bedeutung gewesen, daß danach der Kläger verpflichtet war, die ihm von seinem Berliner Käufer angeblich dieserhalb zur Disposition gestellte Wolle zurückzunehmen, und aus diesem Grunde berechtigt, an seinen Verkäufer, den Beklagten, das gleiche Verlangen zu stellen, hätte es daher genauerer Angaben bedurft, als hierüber in der unklar gehaltenen, vom Kläger in Bezug genommenen Mittheilung des Maklerattestes enthalten sind. Zu einer solchen genaueren Angabe wäre aber auch der Kläger um so mehr im Stande und gehalten gewesen, als nach dem betreffenden Maklerattest sämmtliche sechs Säcke, in welchen die Vließe verpackt waren, einer Besichtigung unterzogen sind, er selbst nach Berlin gereist sein will, um sich über diesen ihm angezeigten Thatbestand zu vergewissern, und die einschlagenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs endlich keinen Grund zu der Annahme gewähren, daß für die Prüfung und Feststellung der

Digitized by Google

Empfangbarkeit einer Waare schon eine durchaus oberflächliche Besichtigung derselben genüge.

7. Hievon abgesehen, war die Klage noch aus einem andern Grunde abzuweisen. Das Handelsgesetzbuch Art. 347 macht die unverzügliche Untersuchung der Waare nach erfolgter Ablieferung, soweit dies nach dem ordentlichen Geschäftsgange thunlich ist, und die sofortige Anzeige einer darauf hin erfolgten Beanstandung dem Käufer absolut zur Pflicht, widrigenfalls die Waare als genehmigt gelten soll, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht erkennbar waren; und zwar ist diese Bestimmung offenbar mit Rücksicht auf den raschen Gang des Handels im Interesse des Verkäufers gerade getroffen worden, damit dieser, wenn die von ihm gelieferte Waare wegen irgend eines Mangels beanstandet wird, entweder diesem sofort abhelfen oder über die ihm zur Disposition gestellte Waare, wenn er dieselbe zurücknimmt, unverzüglich anderweitig nach dem Stande des Marktes frei verfügen kann. Je rascher nun nach den eigenen Angaben des Klägers der Gang des Wollhandels in der Zeit der Wollmärkte ist, um so dringender war hier die sofortige Vornahme dieser Untersuchung und die Erklärung über die Empfangbarkeit der gelieferten Waare im Interesse des Verkäufers gefordert. Auch läßt sich in keiner Weise zugeben, obwohl Kläger dies zu bescheinigen versucht, daß für den Schweriner Wollhandel Verhältnisse beständen, welche nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange die dortigen Wollhändler dieser Verpflichtung enthöben, und wenn dieselben ihren Verkäufern in Beziehung auf die untadelhafte Beschaffenheit der ihnen gelieferten Wolle blindes Vertrauen schenken, so verzichten sie damit eben auf Geltendmachung der Mängel, soweit solche bei vorgenommener Untersuchung hätten entdeckt werden können. Auch ist, so-

Digitized by Google

weit die Acten ergeben, der Beklagte nicht davon in Kenntniß gesetzt, daß die Wolle so, wie sie von ihm verpackt worden, sofort hat weiter verkauft werden sollen.

Die Sententia a qua nimmt freilich an, daß auch bei stattgefundener ordnungsmäßiger Untersuchung der Waare der hier gerügte Fehler nicht ohne Weiteres entdeckt sein würde. Dieser Annahme steht aber entscheidend der Umstand entgegen, daß dieser Fehler von des Klägers Käufer bei der von diesem angestellten Untersuchung der Waare sofort entdeckt worden ist, obwohl nach den Anführungen des Klägers keineswegs anzunehmen, daß diese Untersuchung mit scrupulöser Genauigkeit durchgeführt ist. Wollte also der Kläger dem durch Art. 347 Abs. 1 u. 2 ihm gestellten Präjudiz als erfolgt anzunehmender Genehmigung der Waare, worauf Beklagter sich berufen, entgehen, so hätte er zum Mindesten bestimmte Thatsachen anzuführen gehabt, aus denen zu ersehen, weshalb das, was dem Berliner Käufer möglich gewesen ist, ihm bei ordnungsmäßiger Untersuchung der Waare nicht möglich gewesen sein würde.

---

## 40.

**Verhaftung des Verkäufers wegen des in Folge von Mängeln der Waare nach der Ablieferung entstandenen Minderwerths.** Ea. 262/1870.

Der in Kopenhagen wohnende Kläger hatte vom Beklagten nach einer eingesandten Probe eine in Stralsund frei an Bord zu liefernde Quantität Waizen gekauft, und behauptete, daß der am 26. und 27. Juli 1867 in Stralsund verladene und am 2. August in Kopenhagen angekommene Waizen von ungesunder Beschaffenheit gewesen sei und in Folge der von ihm angegebenen

Digitized by Google

Mängel nach geschehener Reinigung ein von ihm bezeichnetes Mindergewicht und einen gleichfalls benannten Minderwerth gehabt habe. — Beim Leugnen des Beklagten ward ihm Beweis aufgelegt, dieser jedoch hinsichtlich des behaupteten Mindergewichts und Minderwerths auf den Zeitpunkt der Verladung zu Stralsund gestellt. — Hierdurch fühlte sich der Kläger beschwert, indem er es zur Begründung seiner Forderung für genügend hielt, daß der Waizen in Folge der schon bei der Verladung, wenn auch in geringerem Grade vorhanden gewesenen Mängel zur Zeit der Löschung in Kopenhagen die angegebene Gewichts- und Werthsverminderung erlitten habe. Das O.-A.-Gericht erklärte durch Erkenntniß vom 12. December 1870 diese Beschwerde für begründet, und motivirte dies nachstehend:

1. Da der Käufer vom Augenblick der durch die Verladung erfolgten Ausscheidung des für ihn bestimmten Waizens und der dadurch geschehenen Perfection des Kaufes die Gefahr des Untergangs wie der Verschlechterung der Waare trug, so ist die sententia a qua, was hier zuerst zu erörtern ist, bei Feststellung der auf die behauptete fehlerhafte Beschaffenheit der Waare bezüglichen Beweise von der Ansicht ausgegangen, daß es in Beziehung auf den vom Kläger aus diesem Grunde geforderten Schadensersatz nur auf die Beschaffenheit des Waizens zur Zeit der Verladung ankomme, und hat deshalb rücksichtlich der vom Kläger zu erweisenden ungesunden Beschaffenheit wie des relativen Mindergewichts, endlich auch des danach behaupteten Minderwerths des gelieferten Waizens Alles auf diesen Zeitpunkt eben abgestellt.

2. Der Kläger erkennt auch die Richtigkeit des Prinzips selbst, durch welches sich die sententia a qua hiebei hat leiten lassen, an, glaubt aber, daß dasselbe in seiner Anwendung hier um deswillen eine Modification erleiden müsse, weil die ungesunde Beschaffenheit des fraglichen Waizens zur

Digitized by Google

Zeit seiner Verladung in Stralsund der Art gewesen, daß der bereits eingetretene Verderb desselben naturgemäß rasch weiter um sich greifen mußte. Diese auf der contractwidrigen Beschaffenheit der Waare beruhende Gefahr könne deshalb nicht den Käufer treffen, sondern sei als vom Verkäufer verschuldete anzusehen, deren nachtheilige Folgen darum auch ihn gerade treffen müßten. Aus diesem Grunde komme es daher nicht bloß auf die ungesunde Beschaffenheit und das relative Mindergewicht des Waizens, sowie den daraus sich ergebenden Minderwerth zur Zeit seiner Verladung in Stralsund, sondern ebenso sehr und zwar recht eigentlich auf den Zustand des weiter vorgeschrittenen Verderbs desselben zur Zeit seiner Ankunft und Löschung in Kopenhagen, das danach vorgefundene relative Mindergewicht und den hiedurch bewirkten Minderwerth an. Demgemäß sei ihm neben den durch die sententia a qua in den fraglichen Beziehungen auferlegten Beweisen noch ein weiterer Beweis alternativ freizulassen gewesen, durch welchen dieser hier angedeutete Gesichtspunkt praktische Geltung für den Ausgang dieses Processes erlangt haben würde.

3. Bei der Prüfung und Beurtheilung dieser Beschwerde ist davon auszugehen, daß wenn von Seiten des Verkäufers bestimmte Eigenschaften der verkauften Sache ausdrücklich versprochen sind, derselbe nach den Grundsätzen des Civilrechts, auch wenn er in dieser Hinsicht in gutem Glauben war, wegen des Mangels dieser Eigenschaften also wegen der contractswidrigen Beschaffenheit der Waare dem Käufer nicht bloß, wie es außerdem bei den schon nach den Bestimmungen des Aedilitischen Edicts zu prästirenden Fehlern der Fall gewesen sein würde, für den Minderwerth haftet, der in Folge jenes Mangels die Waare für den Käufer gerade im Augenblicke des Kaufabschlusses hatte, sondern vielmehr für das gesammte Interesse, also den vollen

Digitized by Google

Schaden zu ersetzen hat, den der Käufer dadurch erlitten, daß ihm nicht die verheißene Güte gewährt worden ist: vgl. l. 13 pr. §§. 1. 2. 4 D. de act. emti vend. (19, 1), l. 38 pr. D. de aedit. ed. (21, 1) und l. 6 §. 4, l. 13 §. 3 D. de act. emt. vend. (19, 1), l. 31 §. 1 D. de aed. ed. (21, 1). Demnach kann der Käufer jeden Verlust ersetzt verlangen, der die wirkliche Folge des vom Verkäufer in solcher Weise zu prästirenden Mangels ist, und stimmt hiermit auch die Bestimmung des Art. 283 des Handelsgesetzbuches vollkommen überein.

4. Im vorliegenden Falle unterliegt es aber an sich keinem begründeten Zweifel und wird auch von dem Beklagten selbst nicht eigentlich bestritten, daß, wenn der verkaufte Waizen im Augenblicke seiner Verladung in Stralsund bereits die vom Kläger behaupteten und ihm in der sententia a qua zum Beweise verstellte ungesunde Beschaffenheit hatte, der danach bereits begonnene innere Verderb desselben auf der Seereise nach Kopenhagen, als dem dem Verkäufer selbst aufgegebenen Bestimmungsorte, bei der damaligen Jahreszeit rasch um sich greifen konnte und in einem gewissen Grade weiter um sich greifen mußte, wovon zugleich eine Verminderung des verheißenen relativen Gewichts die weitere Folge war. Der Schade, welchen der Käufer durch die contractswidrige Beschaffenheit des ihm gelieferten Waizens erlitt, bestand also auch nicht bloß darin, daß er in dem Augenblicke, in welchem durch die Zumessung und Verladung des Waizens in Stralsund, als dem festgesetzten Erfüllungsorte, der Kaufabschluß perfect wurde, eine Waare von geringerem Werthe erhielt, als er nach den ihm bezüglich deren Qualität gemachten Zusicherungen erwarten durfte, sondern außerdem auch noch darin, daß in Folge des weiter vorgeschrittenen Verderbs dieser Minderwerth im Augenblicke der Ankunft des Waizens an seinem Bestimmungsorte sich noch gesteigert hatte. An sich würde er daher den dadurch ihm

Digitized by Google

erwachsenen Verlust ebenso gut ersetzt verlangen können, wie denjenigen, welchen er etwa dadurch würde erlitten haben, daß der nach der eingesandten Probe von ihm zu einem höheren Preise weiter verkaufte Waizen nunmehr als nicht empfangbar von seinem Käufer beanstandet und zurückgewiesen wäre, sofern nicht etwa anderweitige besondere Rechtsgründe diesem Verlangen entgegenständen.

5. Solche Gründe existiren hier jedoch nicht, und kann insbesondere der Grundsatz, daß mit dem Augenblick der erfolgten Ausscheidung und Verladung des Waizens die Gefahr des Untergangs wie der Verschlechterung, insbesondere auch des Transports zur See nach Art. 345 des Handelsgesetzbuches, auf ihn überging, nicht diesen Einfluß äußern. Denn diese Gefahr trägt der Käufer nur hinsichtlich solcher Ereignisse und Schädigungen, welche entweder auf rein zufällige Art die Waare von außen her treffen oder doch eine unvermeidliche Folge des Seetransports als solches sind. Hier handelt es sich dagegen keineswegs um die Folgen eines Zufalls, von dem die Waare erst nach der Verschiffung in Stralsund betroffen ist, oder solcher nachtheiligen Einwirkungen des Seetransports, sondern allein um die weiteren unausbleiblichen Folgen eines damals schon vorhanden gewesenen Fehlers, für welchen der Verkäufer nach Maßgabe der von ihm übernommenen Verpflichtungen in vollem Umfange einzustehen hatte. Es steht hier also gerade so, wie in dem vom Kläger in seiner Appellationsrechtfertigung angeführten Falle im Eingang der l. 15 D. de periculo et commodo rei vend. (18, 6), in welchem der Verkäufer des in bestimmt bezeichneten Fässern lagernden Weines, wenn er die Güte desselben ausdrücklich versichert hat, für den durch die schlechte Beschaffenheit desselben veranlaßten inneren Verderb bis zur Abholung desselben haftbar erklärt wird.

6. Hienach kann also der Kläger, wenn der ihm ver-

Digitized by Google

kaufte Waizen im Augenblick seiner Ausscheidung und Verladung in Stralsund bereits in dem Maße verdorben war, wie er es behauptet und zu beweisen hat, nicht bloß den Minderwerth ersetzt verlangen, welchen derselbe in jenem Zeitpunkte eben für ihn hatte, sondern weiter auch denjenigen Minderwerth, welchen derselbe in Folge des wegen dieser schlechten Beschaffenheit naturgemäß weiter um sich greifenden Verderbs bei der Ankunft an dem dem Verkäufer aufgegebenen Bestimmungsorte, also in Kopenhagen, zeigte; und zwar kann er dies um so mehr, als der Verkäufer seinerseits die Besorgung des Transports dahin übernommen hatte, und, wenn er den in solcher Weise verdorbenen Waizen verlud, sich auch für die daraus entstehende Gefahr gesteigerten Verderbs verantwortlich machte. Dabei versteht es sich aber von selbst, daß der Kläger diesen Minderwerth nur soweit ersetzt verlangen kann, als derselbe gerade eine Folge des während des Seetransports bis zur Löschung naturgemäß weiter vorgeschrittenen Verderbs war, wogegen er es sich selbst zuzuschreiben haben würde und deshalb dem Verkäufer es nicht würde anrechnen können, wenn durch Unterlassung der ordnungsmäßigen Bearbeitung des Waizens, nachdem er denselben in seine Obhut genommen, der Verderb desselben sich noch weiter gesteigert hätte. Hiedurch bestimmt sich daher der Sinn des Beweises, welcher dem Kläger seiner Beschwerde gemäß wegen des Minderwerths des gelieferten Waizens neben den durch die Sententia I. ihm auferlegten Beweisen jetzt noch alternativ freigelassen ist.

7. Kläger findet sich aber weiter auch noch dadurch beschwert, daß ihm in Beziehung auf das seiner Behauptung nach bei der Löschung des Waizens vorgefundene absolute Mindergewicht des facturirten Waizens von 1549 Pfd. neben dem Beweise, wonach er darzuthun hat, daß so viel weniger in Stralsund verladen worden, nicht auch noch alter-

Digitized by Google

nativ zu beweisen freigelassen, daß dieses Untergewicht Folge des soeben besprochenen verdorbenen Zustandes des verladenen Waizens gewesen sei. Auch giebt Beklagter excipiendo zu, daß der Wurmfraß eine Verringerung der Quantität zur Folge haben könne, und liegt es in der Consequenz der soeben gegebenen Ausführungen, daß, wenn dies der Fall gewesen, der Kläger auch einen Ersatz des nach dieser Seite hin ihm durch die contractswidrige Beschaffenheit des gelieferten Waizens entstandenen Schadens an sich beanspruchen kann. Es fragt sich daher nur, ob Kläger auch diesen Ersatzanspruch in voriger Instanz bereits in genügender Weise erhoben hat.

In seiner Klage hat er sich nun allerdings nur darauf berufen, daß in Kopenhagen 1459 Pfd. weniger als facturirt worden, ausgeliefert seien. In seiner Replik aber hat er dem Einwurfe des Beklagten gegenüber, es komme bloß darauf an, ob in Stralsund die facturirten 124,338 Pfd. verladen worden, und kümmere ihn die auf der Seereise etwa eingetretene Quantitätsverringerung nicht, da Kläger die Gefahr der Reise trug, nicht bloß ausdrücklich behauptet, daß Ersteres nicht der Fall gewesen, sondern auch auszuführen versucht, daß eventuell das in Kopenhagen vorgefundene Untergewicht durch die schon bei der Verladung des Waizens in Stralsund vorhandene Ungesundheit desselben, nämlich das Vorhandensein von Würmern herbeigeführt sei, und daß Beklagter selbstverständlich für deren Folgen einzustehen habe, daher auch nicht für mehr Pfunde Zahlung verlangen könne, als er danach wirklich, einerlei wo, geliefert habe. Da dies nun auch richtig und hiedurch das Verlangen der Klage nach dieser Seite hin ausreichend erläutert ist, so war auch diese Beschwerde für begründet zu halten und demgemäß der Kläger, so wie jetzt geschehen, zu dem von ihm beantragten Beweise zu lassen.

Digitized by Google

8. Unbegründet sind dagegen die übrigen gravamina des Klägers. Denn wenn auch nach dem Inhalt der Klage der behauptete Minderwerth des Waizens gerade eine Folge des vereinigten Vorhandenseins beider vom Kläger gerügten Mängel, nämlich des vorgefundenen relativen Mindergewichts von 124—125 Pfd. holländisch Ehlers'sche Schaale und der gerügten ungesunden Beschaffenheit des Waizens sein soll, so war doch eine selbständige Abschätzung des durch jeden einzelnen dieser beiden Mängel bewirkten Minderwerths dadurch um so weniger ausgeschlossen, ja sie erschien um deswillen sogar geboten, weil der Kläger, wenn auch nur einer derselben erweislich gemacht werden kann, dafür einen entsprechenden Ersatz nicht nur zu fordern befugt ist, sondern auch wirklich beansprucht. Eine ihn beschwerende Häufung der Beweise liegt daher auch in der von ihm gerügten Fassung derselben nicht.

---

## 41.

**Kauf nach Probe.** Ko. 155/1869 Str.

Der Gutsbesitzer v. M. auf P. hatte mit Schreiben vom 5. September 1869 eine an ihn gerichtete Anfrage des Kaufmanns K. in N., ob er Seradellasaamen zu verkaufen habe, bejahend beantwortet und seinen Vorrath aus letzter Ernte zum Preise von 5 Thlr. für den Centner, franco Prenzlau zu liefern, offerirt. K. hatte diese Offerte mit dem Bemerken, daß er den Preis nur für gute, gesunde, trockne, wohlgereinigte Saat zahle, angenommen. Vor dem Beginn der Lieferung hatte der Verkäufer dem Käufer auf dessen Verlangen auch noch eine Probe zugesandt, welche unbeanstandet geblieben war. An dem vereinbarten Lieferungstage hatte Verkäufer die Waare in Prenzlau bereit gehalten, sodann,

Digitized by Google

da dieselbe von dem zur Abholung erschienenen Handlungsbevollmächtigten des Käufers als nicht empfangbar zurückgewiesen war, in Gemäßheit des Art. 342 des Handels-Gesetzbuchs, nach vorgängiger Androhung öffentlich verkaufen lassen, und forderte nunmehr klagend die Differenz zwischen dem Erlöse und dem bedungenen Preise nebst Zinsen, sowie Ersatz des durch die Weigerung des Beklagten ihm erwachsenen Schadens. Der Beklagte wandte ein, die ihm zur Verfügung gestellte Waare habe weder die beim Handelsabschlusse bedungenen Eigenschaften (gut, gesund, trocken, wohlgereinigt) gehabt, noch der Probe entsprochen. Nach seiner Behauptung hatte er die auf sein Verlangen zuerst eingesandte Probe wegen schlechter Beschaffenheit verworfen; darauf war der Gutsverwalter des Klägers mit drei Mustern verschiedener Sortimente von Seradellasaamen persönlich zu ihm gekommen, von denen er, Beklagter, zwei zurückgewiesen, das dritte aber mit der Erklärung, daß er den dieser Probe entsprechenden Theil des ganzen Vorraths nehmen werde, behalten hatte. Der ganze Rechtsstreit drehte sich nun um die Frage, ob nach diesem Vorbringen des Beklagten ein Handel nach Probe vorliegen würde, der Kläger mithin nicht bloß die Empfangbarkeit der Waare und deren vorbedungene Beschaffenheit, sondern daneben auch deren Probemäßigkeit beweisen müsse. Das O.-A.-Gericht verneinte diese Frage durch Bescheid vom 19. April 1869 aus folgenden Gründen:

> Unbestrittenermaßen ist der hier fragliche Handel nicht in Grundlage einer vorgelegten Probe, sondern in der Weise abgeschlossen, daß der Beklagte als Käufer sich bestimmte Eigenschaften der ihm zu liefernden Waare ausbedungen hat. Sollte er daher auch, wie er in seiner Vernehmlassung angiebt, Kläger aber fortwährend bestritten hat, bei Erklärung seiner in solcher Weise formulirten Annahme der ihm gemachten Verkaufsofferte sich sogleich ausbedungen haben, „daß Kläger ihm vor Ablieferung der Saat eine



Digitized by Google

„Probe derselben, nach der er sich von der Qualität der „Waare überzeugen wollte und welche bei der demnächstigen „Lieferung der Waare für deren Qualität maßgebend sein „sollte, zuzusenden habe", so würde dadurch der abgeschlossene Kauf doch noch nicht ohne Weiteres in einen Kauf nach Probe umgewandelt worden sein, da der Zweck dieses Verlangens wie auch die für dasselbe angeführten Intentionen erkennen lassen, sehr wohl nur der sein konnte, daß der Käufer, welcher dabei die Lieferung selbst als sicher bevorstehend voraussetzte, sich bereits vor dieser ein Urtheil über die Empfangbarkeit der Waare bilden, sowie spätere Contestationen dieserhalb abschneiden wollte; und sollte er dabei auch ausgesprochen haben, daß diese Probe bei der demnächstigen Lieferung der Waare für deren Qualität maßgebend sein solle, so lag darin, da der Handel selbst bereits in näher bestimmter Weise abgeschlossen war, doch immer nur der einseitige Ausdruck des Willens, daß er nach dieser Probe demnächst sein Urtheil über die Empfangbarkeit der Waare bestimmen werde. Auch lassen sich die weiteren Angaben, welche Beklagter hier über die ferneren mit dem Inspector S. hinsichtlich der von diesem ihm demnächst vorgelegten Proben gepflogenen Verhandlungen gemacht hat, deutlich erkennen, daß es ihm hiebei zunächst nur hierauf gerade ankam. Keineswegs läßt sich aber daraus, daß der Kläger, dem Verlangen des Beklagten entsprechend, seinerseits die Vorlegung einer Probe veranlaßt hat, da rücksichtlich der Beschaffenheit der Waare beim Abschluß des Handels bereits genaue Bestimmungen getroffen waren, weiter folgern, daß derselbe sich hiedurch über das Maß der ihm durch den Handelsabschluß selbst auferlegten Verpflichtungen hinaus in der Weise habe verbindlich machen wollen, daß er nunmehr bis in das minutioseste Detail hinein für die vollständige Uebereinstimmung der ganzen von ihm zu liefernden Masse mit der Probe einzustehen hatte.

Digitized by Google

Demnach liegen für den beiderseits beabsichtigten und wirklich zu Stande gekommenen Abschluß eines Handels nach Probe, selbst wenn man ausschließlich die bezüglichen Angaben des Beklagten in Betracht zieht, keine ausreichenden Anhaltspunkte vor, wie er denn auch bei der später geschehenen Beanstandung der gelieferten Waare und der dadurch veranlaßten Feststellung des Zustandes derselben durch Sachverständige die ihm zugestellte Probe selbst nicht weiter vorgelegt hat, obwohl dies bei einem geschehenen Verkaufe nach Probe wenn nicht unbedingt nothwendig gewesen wäre, doch jedenfalls nahe gelegen hätte.

---

## 42.

## Zur Lehre von den Miethscontracten.

Po. $590/_{1868}$.

Der Kläger hatte seine Wohnung, in welcher er Gastwirthschaft betrieben hatte, dem Beklagten zu dem gleichen Zwecke von Ostern 1867 an gegen eine jährliche Miethe von 550 Thlr. und mit der Verpflichtung zur Bestellung eines Pachtvorschusses von 275 Thlr. vermiethet. — Da der Beklagte bis Ostern die Erlaubniß zur Niederlassung noch nicht erlangt hatte, setzte Kläger einstweilen den Betrieb der Gastwirthschaft fort, und der Beklagte, welcher nach Ostern jene Erlaubniß erhielt, miethete sich zu Johannis ein anderes Lokal, indem er aus Gründen, welche in dem späteren Rechtsstreite für ungenügend erklärt wurden, angenommen hatte, daß der Kläger ihn nicht weiter als Miether betrachte. — Der Michaelis 1867 auf Bezahlung der halbjährigen Miethe und Bestellung des Pachtvorschusses erhobenen Klage gegenüber berief er sich darauf, daß der Vertrag durch



Digitized by Google

mutuus dissensus aufgehoben sei und machte in der Duplik geltend, daß eventuell doch der Gewinn, den der Kläger aus der Benutzung der fraglichen Localitäten gezogen, von der Miethssumme abgezogen werden müsse.

Das O.-A.-Gericht wies in dritter Instanz mittels Erkenntnisses vom 20. März 1869 die Klage aus folgenden Gründen angebrachtermaßen ab:

1. Regelmäßig kann der Vermiether vom Miether erst nach gemachtem Gebrauch die Miethe fordern, aber nicht etwa deshalb, weil der wirkliche Gebrauch der vermietheten Sache eine Bedingung für die Entstehung seines Anspruches ist, sondern nur darum, weil der Regel nach die Zahlung der Miethe bis zum Ende der Nutzungsperiode als befristet gilt; es tritt dies klar hervor, wenn Pränumeration der Miethe verabredet ist. Es ist Sache des Miethers, die Ueberlassung zur miethsweisen Nutzung zu fordern, dem Vermiether steht eine Klage nicht dahin, daß der Miether die Sache zur contractlichen Benutzung übernehme, sondern nur auf Zahlung der Miethe zu, er ist eben nur verpflichtet, die Sache dem Miether, wenn dieser von seinem Rechte Gebrauch machen will, zur Benutzung zu überlassen, er braucht sich demnach nur in Bereitschaft der Erfüllung zu halten, er hat nicht die Erfüllung anzubieten oder aufzudrängen. Von diesem Standpunkte aus erscheint die erhobene Klage nach deren Inhalt allerdings als genügend begründet.

2. Eine andere Frage ist die, ob, wenn auch der Anspruch auf Miethe den wirklichen Gebrauch der contractlichen Befugnisse Seitens des Miethers nicht voraussetzt, es ebenso eine einflußlose Thatsache sei, wenn der Vermiether die vermiethete Sache, in deren Gebrauch der Miether nicht eingetreten ist, für sich selbst weiter benutzt hat. Zwar läßt sich daraus nicht schließen, daß auch der Vermiether vom Vertrage habe zurücktreten wollen, die weitere Benutzung

Digitized by Google

kann schon für die Erhaltung der Sache nothwendig oder dienlich sein, wie denn selbst aus einer anderweitigen Vermiethung, wenn der Miether wegen eines persönlichen Hindernisses die Sache nicht benutzen kann, oder dies nicht will, ein Rücktritt des Vermiethers vom Vertrage schon deshalb nicht zu entnehmen ist, weil das Festhalten an dem früheren Vertrage der etwaigen Differenz der Miethspreise halber ein Interesse haben kann. Es läßt sich auch nicht geltend machen, der Vermiether, indem er die Sache anderweitig benutze, höre auf, sie zur Verfügung des Miethers zu halten; einerseits wird der Vermiether dadurch nicht allemal behindert sein, dem Miether, sobald dieser es begehren sollte, den Gebrauch der Sache zu überlassen, andererseits ist dies irrelevant, wenn erst dann, als der Miether außer Stande gesetzt worden, die Sache zu benutzen, oder als er seine Verweigerung der Benutzung erklärt hatte, Vermiether die Sache in eigenen Gebrauch genommen hat. Aber es ist mit der bona fides nicht verträglich, rem et pretium, usum et mercedem zugleich haben zu wollen, und so ist Vermiether jedenfalls dann, wenn die eigene Nutzung einen Vermögenswerth für ihn gehabt, sei es, daß sein Vermögen einen Zuwachs erhalten, oder daß er eine Ausgabe erspart hat, genöthigt, diese Bereicherung auf die Miethe in Abzug zu bringen und seinen Anspruch auf die Differenz zu beschränken. Für den Fall einer anderweitigen Vermiethung kann auf l. 19, §§. 9, 10, D. loc. (19. 2.) Bezug genommen werden, und muß dasselbe für den Fall einer sonstigen anderweitigen Verwerthung gelten.

Vgl. Windscheid, Pand. §. 400 not. 15.

Im vorliegenden Fall hat nun Beklagter dem Kläger, welcher jenem seine Gastwirthschaftslocalitäten von Ostern 1867 für eine Miethe von jährlich 550 Thlr. unter der Verbindlichkeit zur Bestellung eines Pachtvorschusses von 275 Thlr.

Digitized by Google

verpachtet haben will, entgegengehalten, zunächst freilich nur für die Einrede der Aufhebung des Vertrages durch mutuus dissensus, daß Kläger auch nach Ostern 1867 die vermietheten Localitäten zum Betriebe der Gastwirthschaft weiter benutzt habe. Dies wird vom Kläger zugestanden. Die Fortsetzung der Wirthschaft geschah jedenfalls für eigene Rechnung des Klägers, sie war auf vermögensrechtlichen Erwerb gerichtet, und die Localitäten, deren Kläger zum Betriebe bedurfte, sind eben durch die Aufnahme von Gästen und sonst anderweitig verwerthet. So lange nicht besondere Anhaltspunkte für eine andere Auffassung gegeben sind, wird auch anzunehmen sein, daß die eigene Benutzung für den Verpächter denselben Werth hatte, den er vom Pächter verlangt hatte. Processualisch genügte es daher, daß Beklagter auf die Thatsache anderweitiger Verwerthung in der Vernehmlassung sich berufen hat, mag er auch daraus unzutreffende rechtliche Folgerungen gezogen haben. Die Forderung der vollen Pacht hört mit dem Eintritt anderweitiger Verwerthung des Gebrauches auf, eine begründete zu sein, und da Verwerthung durch eigenen Gebrauch vorliegt, wäre es jedenfalls Sache des Klägers gewesen, den etwa übrig bleibenden Anspruch auf eine Differenz näher zu begründen. Es war demnach die Klage wegen der Pacht abzuweisen, jedoch nur in angebrachter Art, und zwar dies schon deshalb, weil die unzutreffende Conclusion des Beklagten in der Vernehmlassung dem Kläger keinen Anlaß bot, den Differenzanspruch in der Replik geltend zu machen.

3. Nach den Angaben der Klage ist über die Bedeutung des contractlichen Pachtvorschusses Näheres nicht vereinbart. Es würde also anzunehmen sein, daß der Vorschuß bei dem auf Ostern 1867 festgesetzten Antritt der Pachtung habe bestellt werden und die Erfüllung des Vertrages nicht bloß in Bezug auf den Eingang der Pacht, sondern auch in Bezug

Digitized by Google

auf das dem Pächter anvertrauete Pachtobject habe sichern sollen. Sollte daher auch ein Pachtvertrag zu Stande gekommen sein, so liegt hier die Sache doch so, daß Verpächter das Pachtobject in Händen behalten und den Gebrauch desselben anderweitig verwerthet hat, daß also sein Anspruch auf die volle Pacht sich in denjenigen auf eine illiquide Differenz umgewandelt hat. Die entschiedene Weigerung, den Miethsvertrag zu erfüllen, mag nun diese schon aus dem Verhalten des Beklagten vor dem Processe, oder erst aus den Erklärungen der Vernehmlassung zu folgern sein, schließt eine Kündigung in sich und fixirte den inmittelst verstrichenen Endtermin der contractlichen Verbindlichkeit. Unter diesen Umständen kann von der Bestellung eines Pachtvorschusses nicht weiter die Rede sein.

---

## 48.

### Zur Lehre vom Precarium. Wu. 804/1869.

Der Kläger hatte seine Büdnerei seiner Tochter gegen bestimmte hier nicht weiter interessirende Prästationen und gegen Gewährung eines näher festgesetzten Altentheils überlassen. Er behielt einstweilen seine Wohnung in der Büdnerei, zog aber später fort. Von den zur Bewirthschaftung der Büdnerei dienenden Mobilien war in dem Abtretungsvertrage nicht die Rede gewesen; sie wurden von der Tochter benutzt und der Vater ließ sie bei seinem Wegzuge zurück. — Die Tochter hatte inzwischen den Beklagten geheirathet, und starb mit Hinterlassung eines Kindes, welches bald nach ihrem Tode ebenfalls starb und vom Beklagten beerbt wurde. — Der Kläger verlangte jetzt vom Beklagten die Herausgabe seiner Sachen; der Beklagte bestritt, daß ein

Digitized by Google

eigentliches precarium vorliege, sowie das überdies nicht genügend behauptete Eigenthum des Klägers an den Sachen, und behauptete, daß dieser dieselben seiner Tochter als Aussteuer hingegeben habe.

Der Kläger fühlte sich durch die ihm in Betreff des Klaggrundes gemachten Beweisauflagen beschwert, und reformirte das O.-A.-Gericht durch Erkenntniß, 19. April 1869, dahin, daß Beklagter zur Herausgabe der Sachen schuldig sei, falls er nicht beweisen könne, daß Kläger dieselben seiner Tochter als Aussteuer gegeben habe.

Gründe:

1. Kläger bewohnte und bewirthschaftete die von ihm im Jahre 1837 acquirirte Büdnerei. Am 24. April 1866 trat er dieselbe an seine, damals noch unverheirathete Tochter Marie kaufweise ab; seine Wohnung behielt er aber noch in der Büdnerei und der Contract mit der Tochter enthielt keine Bestimmung über das Haus- und Wirthschafts-Inventarium. Ward dieses nun von der Tochter benutzt, so geschah solches unter den Augen des Vaters und ließ derselbe es stillschweigend zu. Ein Gebrauchsrecht wurde der Tochter damit nicht eingeräumt und der Besitz blieb unverändert beim Vater. Als sodann Ausgangs August 1866 die Tochter den Beklagten, damaligen Maurergesellen, heirathete und Kläger seine Wohnung in der Büdnerei aufgab, will er dort die bisher von ihm besessenen libellirten Inventarien-Gegenstände zurückgelassen haben und zwar in der unausgesprochenen Absicht, daß die Eheleute sie bis auf seine weitere Bestimmung benutzen möchten. Anders konnte, vorausgesetzt, daß die Sachen sich schon am 24. April 1866 auf der Büdnerei befanden, die mit den Verhältnissen bekannte Tochter das Zurücklassen nicht auffassen, es möchte denn der Vater ihr inzwischen weitere Rechte daran eingeräumt haben, und wenn sie nun die Sachen ferner in Gebrauch nahm, so that sie

Digitized by Google

es, wie derjenige, welchem eine Haus- und Wirthschafts-Einrichtung precario überlassen war. Mit ihr, welcher, da sie die Eigenthümerin der Bündnerei war, der Vater vorzugsweise die Gunst erwies, kam so thatsächlich ein Precarium zu Stande, und wenn es auch nicht unbestritten ist, ob ein solches auf stillschweigender Uebereinkunft beruhen könne, so ist doch die Bejahung der Frage — da die für die Verneinung angeführten l. 1. pr. und l. 2. §. 3 de precario (43, 26) füglich als den gewöhnlichen Fall vor Augen habend erklärt werden können — nach allgemeinen Grundsätzen und in Beihalt von

Paulus rec. sent. V. 6. §. 11

für richtig zu halten.

v. Savigny, Recht des Besitzes. Aufl. 6. S. 557.

Puchta, Cursus der Institut. Bd. 2. §. 225. S. 513 ad not. dd.

v. Vangerow, Pandekten-Vorles. Bd. 3, §. 691, S. 592.

2. Der Beklagte hat zwar zugestanden, daß sich die libellirten Gegenstände — mit Ausnahme einiger wenigen Stücke — bei seiner Verheirathung auf der Bündnerei befunden haben, auch nicht geleugnet, daß dieselben — abgesehen von den nämlichen Stücken — zu der Zeit, als Kläger die Bündnerei seiner Tochter überlassen, dort vorhanden gewesen und vom Kläger zurückgelassen sind. Da er aber behauptet, daß sie jedenfalls zur Zeit seiner Verheirathung seiner Frau gehörten und von ihm bei Lebzeiten der Letzteren in deren Namen besessen und benutzt worden, auch über seine Kenntniß von dem prekären Besitze seiner Frau in den Acten nichts vorkommt, so folgt aus dem Zurücklassen der Effecten nicht, daß Beklagter selbst sie precario empfangen habe. Dennoch ist das Interdict gegen ihn, als Erben seiner Frau, anwendlich, da dasselbe nach

Digitized by Google

l. 8. §. 8. de precario (43. 26.) und l. 2 C. eod. (8. 9) ungeachtet der

l. 12. §. 1. eod. und l. 11. de div. temp. praescr. (44. 3) jedenfalls auf das gegen den Erben geht, was er noch hat.

v. Savigny a. a. O. S. 560.

Windscheid, Pandektenr. Bd. §. 160, S. 439.

Der Beklagte aber ist geständig, daß die Sachen aus dem Nachlasse seiner verstorbenen Frau auf sein Kind und nach dessen gleich nach dem Absterben der Mutter erfolgten Tode auf ihn, als Erben, also im Wege der Transmission, gekommen sind und daß er sie mit Ausnahme der wenigen Stücke, wegen welcher die Klage abgewiesen ist, im Besitz hat.

3. Demnach liegt alles vor, was den Bekagten zur Restitution der fraglichen Sachen verpflichtet. Dagegen wird durch den Beweis, daß Kläger dieselben seiner Tochter als Aussteuer übergeben, das Precarium oder dessen Fortbestand widerlegt, und war ihm daher der betreffende Beweis freizulassen.

---

## 44.

## Beneficium excussionis des Bürgen.

To. $32/_{1868}$ Str.

C. hatte von T. dessen Geschäft und Waarenlager gekauft. Ein Theil des Preises war creditirt und sollte ratenweise in bestimmten Terminen abgetragen werden. Für die so constituirte Schuld hatte B. sich verbürgt mit der Erklärung, daß er dafür aufkommen werde, wenn C. die Zahlungen nicht leiste. Als nun C. die Zahlungsfristen nicht einhielt, und sogar formeller Concurs über sein Vermögen eröffnet wurde, betheiligte sich T. zwar

Digitized by Google

an dem Debitwesen mit seiner Forderung auf das rückständige Kaufgeld, wartete aber den Ausgang des Concursverfahrens nicht ab, sondern klagte gleichzeitig gegen den Bürgen. Dieser schützte die exc. excussionis vor, wurde damit aber in allen Instanzen abgewiesen. Dagegen obtinirte er mit der Einrede partieller Zahlung, darauf gegründet, daß Kläger aus der C.'schen Masse bereits 1200 Thlr. empfangen habe. Zwar wurde dem Kläger die Replikbehauptung, daß diese Zahlung nur vorläufig und gegen eine von ihm geleistete cautio de eventualiter restituendo erfolgt sei, zum Beweise verstellt, jedoch nur zu dem Effecte, daß dieser Theil seiner Forderung, wenn der Beweis gelinge, statt definitiv nur „zur Zeit" abgewiesen werde.

Der Bescheid des O.-A.-Gericht motivirt diese Entscheidung so:

> Der Beklagte hat unumwunden eingeräumt, sich für die eingeklagte Kaufgeldsforderung dahin verbürgt zu haben, daß er dafür aufkommen werde, wenn der Hauptschuldner C. die Zahlungen nicht leiste. Durch eine so formulirte Zusage, welche entschieden nicht die Uebernahme einer bloßen Schadlosbürgschaft ausdrückt, würde freilich nicht mit genügender Bestimmtheit ausgesprochen sein, daß der Beklagte eine über das Maß einer einfachen Bürgschaft hinausgehende Verbindlichkeit übernommen, namentlich, daß er schon für den Fall einer bloßen mora des Hauptschuldners unter Verzicht auf die Rechtswohlthat der Vorausklage sich verpflichtet habe; allein darauf kommt nach Lage der Sache nichts an, da die den beiden bisher ergangenen Entscheidungen zu Grunde liegende, übrigens auch mit einer constanten Praxis der einheimischen Landesgerichte übereinstimmende Ansicht, wonach die vorgeschützte exceptio excussionis dadurch elidirt wird, daß zur Zeit der Eröffnung des jetzigen Rechtsstreits das Vermögen des Hauptschuldners in einem noch unerledigten Concurse befangen war, als die richtige anzuerkennen ist. Wenn

Digitized by Google

nämlich das Gesetz (Nov. 4. cap. 1) die Einrede, damit deren Zulassung nicht zu einer unbilligen Härte gegen den Gläubiger führe, schon dann versagt, wenn der Hauptschuldner abwesend ist, so muß dieselbe um so gewisser im Falle des Concurses zurückgewiesen werden, weil die Ausklagung des Cridars während der Dauer des Concurses nicht bloß, wie die eines abwesenden Schuldners factisch erschwert, sondern rechtlich unmöglich ist. Nach dem citirten Gesetze hat die ganze Einrede überhaupt nur die Bedeutung, daß der Gläubiger regelmäßig erst den Hauptschuldner verklagen und den Erfolg dieses speciellen Rechtsganges abwarten soll, bevor er sich an den Bürgen hält, es ist aber nicht im Entferntesten angedeutet, daß er vorher, statt eines einfachen, nur seinen Anspruch betreffenden Specialprocesses, auch ein ganzes Concursverfahren durchmachen müsse. Einem darauf gerichteten Verlangen des Bürgen fehlt es an einer ausreichenden gesetzlichen Basis, und nur soviel kann zugegeben werden, daß der Gläubiger aus Rücksicht auf den Regreßanspruch des Bürgen seine Forderung im Concurse rechtzeitig anzumelden habe. Das ist im vorliegenden Falle geschehen.

Die Einrede der partiellen Zahlung ist mit Recht als liquid anerkannt. Der Kläger hat replicando zugegeben, am 3. Juni v. Jahres aus der C.'schen Debitmasse 1200 Thlr. auf sein Liquidat erhalten zu haben, und wenn er, seiner bestrittenen und deshalb zum Beweise verstellten Behauptung nach, beim Empfange des Geldes auch ein schriftliches Versprechen hat geben müssen, die Summe restituiren zu wollen, falls und soweit bei Finalistrung des Debitwesens sich herausstellen möchte, daß die vorhandene Masse bei prioritätsmäßiger Vertheilung zur Deckung seines Liquidats nicht reiche, so ist doch damit der Hingabe des Geldes die juristische Bedeutung einer Zahlung nicht genommen. Kläger

Digitized by Google

meint freilich, er habe nur eine suspensiv bedingte Zahlung eingeräumt, also ein Geständniß, welches den Beklagten von der Beweislast befreie, nicht abgelegt; allein die von ihm versuchte Construction des Rechtsactes, wonach derselbe an zwei conträre Suspensivbedingungen dergestalt geknüpft worden wäre, daß nur, wenn die Masse sich ausreichend erweise, Zahlung geleistet, im entgegengesetzten Falle aber ein Darlehen constituirt sein sollte, widerspricht entschieden dem wahren Sachverhalte. Eine jede anticipirte Vertheilung flüssig werdender Massengelder an die muthmaßlich zur Perception gelangenden Gläubiger hat immer nur den Zweck einer Zahlung und geschieht in der sicheren Erwartung, daß das Endergebniß des Concursverfahrens die Empfänger als die zur Hebung berechtigten ausweisen werde. Tritt nun diese Voraussetzung, unter welcher allein aus der Masse gezahlt werden sollte und durfte, gleichwohl nicht ein, so gründet sich die Restitutionspflicht des Empfängers nicht darauf, daß nun die Hingabe des Geldes auf einen gar nicht beabsichtigten Darlehnsvertrag zurückzuführen wäre, sondern beruht darauf, daß die Zahlung ohne Rechtsgrund irrthümlich aus der Masse erfolgt ist, und die geleistete cautio de eventualiter restituendo hat nur den Zweck, das so begründete Rückforderungsrecht des Gläubigercorps zu sichern. Demnach muß der Kläger die empfangenen 1200 Thlr. als eine mindestens zur Zeit noch wirksame Abschlagszahlung gelten lassen, und den sub 4 des erstinstanzlichen Erkenntnisses normirten Replikenbeweis führen, um zu verhüten, daß seine Klage in tantum definitiv abgewiesen werde. Der richterliche Ausspruch, daß die Erbringung dieses Beweises eine Abweisung zur Zeit nach sich ziehen werde, ist für keine von beiden Parteien beschwerend. Der Beklagte hat ausdrücklich anerkannt, was sich ohnehin von selbst versteht, daß dem Kläger ein eventuelles Nachforderungsrecht

Digitized by Google

vorzubehalten sei, und ein Mehreres ist mit der Abweisung zur Zeit gewiß nicht ausgesprochen, während die Bemerkung des Klägers, daß er schon jetzt vorbehaltlose Befriedigung fordern könne und Beklagter ihn daher von der geleisteten Caution befreien müsse, sich dadurch erledigt, daß ein hierauf gerichteter Klagantrag nicht vorliegt, und der Beklagte entschieden nicht verpflichtet war, in diesem Punkte dem Kläger mit entsprechenden Vorschlägen entgegenzukommen.

---

## 45.

**Rechtsverhältniß der Bürgen zu einander aus einer durch Unterschrift einer Tratte beziehungsweise durch Indossament übernommenen Bürgschaft.** Wi. 795/1868.

Der Müller W., welcher auf Wechsel eine Summe Geldes von der Rostocker Bank leihen wollte, hatte sowohl den Kläger als auch den Beklagten um ihre Mitunterschrift gebeten, und ward der Urkunde die Form einer Tratte gegeben, welche der Beklagte als Trassant an die Ordre des Klägers auf den Müller W. zog, und Kläger dann mit Blancoindossament versah. — Der Müller W., der auf diesen Wechsel die Wechselsumme von der Bank erhielt, löste denselben zur Verfallzeit nicht ein; die Bank nahm ihren Regreß gegen den Kläger, und dieser verlangte vom Beklagten, als Trassanten, die Erstattung der ganzen Wechselsumme. Unbestritten war, daß beide Theile den Wechsel nur zum Zwecke der Bürgschaftsleistung für W. unterschrieben hatten. — Nach der Behauptung des Beklagten hatte Kläger ebenso wie er selbst schon vor Ausstellung des Wechsels seine Mitunterschrift zugesagt gehabt, und es war nur zufällig und ohne besondere Absicht geschehen, daß Beklagter sich bei seiner Unterschrift des

Digitized by Google

Formulars einer Tratte bedient hatte, weshalb er sich dem Kläger, als seinem Mitbürgen, mit dem er in Wirklichkeit gar keinen Wechselvertrag abgeschlossen habe, nur zur Erstattung der Hälfte der Wechselsumme verpflichtet hielt, während Kläger behauptete, daß er die von W. erbetene Mitunterschrift anfänglich verweigert und sich zu derselben erst dann verstanden habe, als er gesehen, daß Beklagter den Wechsel als Trassant unterschrieben habe und danach eventuell ihm regreßpflichtig sein würde.

Das erste Erkenntniß wies die Klage ab, soweit sie auf Zahlung der ganzen Summe gerichtet war; das O.-A.-Gericht verurtheilte jedoch mittels Erkenntnisses vom 14. Decbr. 1868 den Beklagten zur Zahlung unter Vorbehalt des von ihm in separato zu erbringenden Beweises seiner oben erwähnten Behauptung.

Gründe:

1. Der Regreß des Klägers als Remittenten, welcher den vom Trassaten zur Verfallzeit nicht eingelösten und ordnungsmäßig protestirten Wechsel seinem Nachmanne gegenüber hat einlösen müssen, ist gegen den Beklagten als Trassanten in Gemäßheit der Art. 8, 51 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung an sich begründet und es ist daher Sache des Letzteren, die Einwendungen, welche den Regreßanspruch ganz oder theilweise auszuschließen geeignet sind, gehörig zu begründen. Beklagter beruft sich nun darauf, daß er mit dem Kläger in keiner Weise contrahirt habe, sondern sich nur dem Trassaten in dessen Interesse verpflichtet habe, durch Mitunterschrift eines Wechsels neben einem zweiten Bürgen Bürgschaft für den Trassaten übernehmen zu wollen und habe die Wahl eines Trattenformulars zu diesem Zwecke auf reinem Zufall beruhet; dem Trassaten gegenüber habe der Kläger schon, bevor ihm die Tratte zu Gesicht gekommen, die Uebernahme einer Mitbürgschaft durch Wechselunterschrift zugesagt gehabt. Letzteres bestreitet Kläger,

Digitized by Google

will vielmehr vom Trassaten, mit dem allein er verhandelt, darauf hingewiesen sein, daß Beklagter als Trassat unterschrieben habe und lediglich mit Rücksicht hierauf seine Unterschrift bestimmt worden sein.

2. Die Entscheidung hängt allerdings wesentlich von der Beantwortung der Frage ab, ob zwischen beiden Theilen ein Wechselvertrag abgeschlossen sei. Der Wechselkläger setzt den Wechselvertrag als seine Grundlage voraus.

Im Verhältniß zum Trassaten sollte die Unterschrift beider Theile nur dazu dienen, diesem die Begebung der Tratte bei der Rostocker Bank zu ermöglichen. Mit dieser ihrer Unterschrift aber übernahmen beide Theile für den Fall der Begebung der Tratte die durch ihre Unterschriften begründeten wechselrechtlichen Verpflichtungen auch gegenüber zunächst der Rostocker Bank als Trassat und Giro-Indossant des Wechsels verbleibt. Darin lag, daß das Haus den Wechsel bei der Rostocker Bank für seine Rechnung begeben wollte und sollte, materiell eine Verbürgung für den Letzteren dem durch ihre Unterschrift der effectuirte Credit bei der Bankverwaltung worden sollte. Dies Verhältniß weist nun zunächst darauf hin, daß auch zwischen dem Trassaten und beiden Theilen thatsächlich gewollte Wechselverträge auf Einlösung des Accepts geschlossen sind. Der Trassat wollte und sollte nicht bloß dem Indossatar und dessen Nachmännern, sondern auch dem Kläger nach dem Beklagten, falls der Wechsel an einen derselben zurückkommen sollte, voll aus seinem Accepte haften.

3. Aber auch Beklagter und Kläger wollten nicht etwa zum Trassaten und Indossaten, sondern auch unter einander in einen Wechselvertrag eintreten. Dies bestreitet Beklagter auch gar nicht, vielmehr steht lediglich die Tragweite seiner durch die Unterschrift dem Kläger gegenüber eingegangenen Verpflichtung in Frage.

Digitized by Google

4. Allerdings hat auch der Kläger neben dem Beklagten eine Bürgschaft für den Müller W. übernommen. Die Form, in welcher beide Theile diese Bürgschaft übernahmen, war aber die, daß Beklagter den Wechsel als Trassant und Kläger ihn als Indossant unterschrieb, und diese Form war eine solche, daß der Kläger, wenn nichts Anderes ausgemacht war, für den Fall, daß er in die Lage kam, den Wechsel einlösen zu müssen, seinen Regreß wider den Beklagten auf die volle Wechselsumme nehmen durfte. Für das Verhältniß beider Theile zu einander folgt daher aus dem Umstande, daß Beide durch ihre Unterschrift eine Bürgschaft für den Trassaten übernehmen wollten und übernahmen, noch Nichts. War ausgemacht, daß beide Theile eine gleichmäßige Verhaftung übernehmen sollten, oder hatte Jeder von ihnen dem Müller W. seine Mitunterschrift unter einen von ihm bei der Rostocker Bank zu begebenden Wechsel zugesagt, ohne dabei eine besondere Form zu bedingen, so ist nicht anzunehmen, daß im Verhältniß unter einander der Umfang der Haftung durch die Wahl der Trattenform habe erweitert werden sollen. War dagegen eine solche Verabredung oder Zusage nicht vorausgegangen, hatte im Gegentheil Kläger, wie dieser behauptet, zunächst die von ihm erbetene Unterschrift abgelehnt und sich erst dann zu derselben verstanden, als diese in der Form eines Indossaments von ihm verlangt wurde, so übernahm er die Bürgschaft für den Müller W. auch nur in einer Weise, welche ihm den Regreß auf das Ganze gegen den Beklagten sicherte. Ob dies der Meinung und Absicht des Beklagten entsprach, war, so lange ihm dessen Absicht nicht direct oder indirect erklärt wurde, irrelevant. Denn wenn Beklagter die Bürgschaft für den Müller W. in der Form einer an die Ordre des Klägers ausgestellten Tratte übernommen hatte, so konnte Kläger allerdings, wenn der Müller W. seine Mitunterschrift als Indossant begehrte,



Digitized by Google

wissen und wußte auch, daß der Wechsel zur Begebung bei der Rostocker Bank benutzt werden solle und Beklagter sich in Wirklichkeit nur für den Müller W. verbürgen wollte. Der Beklagte übernahm aber durch seine Unterschrift als Trassant zugleich die volle wechselrechtliche Regreßpflicht gegen seine Nachmänner, und Kläger konnte demnach, so lange ein Anderes nicht ausgemacht oder zugesagt war, mit Recht annehmen, daß er eben nur diejenige Bürgschaft übernehmen solle, welche in seiner Unterschrift als Indossant lag und welche der Bank gegenüber nöthig blieb, da diese drei Unterschriften verlangte, daß also Beklagter die volle Bürgschaft für den Müller W. übernehmen und eventuell auch dem Kläger, wenn dieser aus seinem Indossament in Anspruch genommen werden sollte, regreßpflichtig sein wolle. In der Ausstellung der Tratte an die Ordre des Klägers lag eine direct an den Kläger gerichtete und die Haftung für die volle Wechselsumme umfassende Erklärung des Beklagten, wollte er diese Haftung durch mündlichen Vorbehalt auf den halben Betrag einschränken, so war es seine Sache, solchen Vorbehalt zur Kenntniß des Klägers zu bringen und mußte ihn der Beweis seiner bezüglichen Behauptung treffen.

In der Restitutions-Instanz wurde diese Entscheidung mittels Decrets vom 5. April 1869. aus folgenden Gründen bestätigt:

Denn wenn Beklagter die Tratte dem Müller W. behändigt hatte, damit dieser das Giro des Klägers als Remittenten erwirke und sich so gegen den Wechsel von der hiesigen Bank die Valuta verschaffe, so übertrug er eben dem Müller W. die Abschließung des Wechselvertrages zwischen den Parteien in bestimmter Art. Allerdings war Letzterer nicht ermächtigt, die Tratte ohne Weiteres an den Kläger

Digitized by Google

abzugeben. Das ist aber auch nicht geschehen. Vielmehr hat W. ganz dem Willen des Beklagten gemäß gehandelt, indem er den Wechsel dem Kläger zum Giriren vorlegte und, nachdem Letzterer ihn in blanco indossirt hatte, wieder an sich nahm, um darauf bei der Bank die gewünschte Anleihe zu machen. Damit ist der Begebungs-Vertrag zu Stande gekommen, da einer Seits nach der eigenen Bestimmung des Trassanten der Wechsel dem bezeichneten Remittenten, wenn dieser bereit war, sein Indossament darauf zu setzen und die Begebung dem W. zu überlassen, durch Letzteren gegeben werden sollte, und anderer Seits Kläger, hierauf eingehend, in der bedungenen Art über den Wechsel verfügte, denselben also als Remittent nahm. Der Vorgang ändert mithin — ungeachtet zwischen den Parteien kein Verhältniß bestand, welches den vom Beklagten dem Trassaten ertheilten Auftrag, an die klägerische Order 800 Thlr. zu zahlen, irgend als ernstlich gemeint erscheinen lassen konnte — die durch den Wechselbrief entstandene, hier allein zur Frage stehende Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger, falls dieser den Wechsel einzulösen genöthigt wurde, für die Regreßsumme aufzukommen, auf keine Weise.

Daß zwischen dem Beklagten und W. über die Angelegenheit vor Ausstellung des Wechsels gesprochen und verhandelt worden, hatte Kläger, selbst insoweit er die Richtigkeit der desfallsigen Anführungen des Beklagten in diesem Processe nicht bestreiten will, nur dann zu beachten Veranlassung, wenn ihm davon vor Indossirung der Tratte solche Mittheilung gemacht wurde, daß er erkennen konnte, es sei nicht der Wille des Beklagten, sich ihm auf die Regreßsumme verbindlich zu machen. Daran aber fehlt es, und wenn W. auch wirklich den Kläger um Mitunterschrift eines von Ersterem an die Bank zu begebenden und vom Beklagten mit zu unterzeichnenden Wechsels auf 800 Thlr. ersucht haben



Digitized by Google

sollte, so kommt es doch allein auf die Antwort des Klägers, also darauf an, ob derselbe darauf eingegangen ist oder nicht. In diesem Betreff stehen sich die beiderseitigen Darstellungen geradezu entgegen, und sind sie so zum Beweise resp. directen Gegenbeweise verstellt.

---

## 46.

### Blancocession. Pl. $47/_{1853}$ Str.

Die Ehefrau F. vindicirte einen auf ihren Namen ausgestellten Hypothekenschein von der Wittwe P., welche den Schein besaß. Klägerin hatte denselben mit einem von ihr vollzogenen Blancocessionsacte ihrem inzwischen verstorbenen Ehemanne, und zwar, ihrer Angabe nach, „zur Aufbewahrung" übergeben. Die Beklagte schützte die exceptio rei venditae et traditae vor, indem sie behauptete, den Schein von dem Ehemanne der Klägerin, der zu dessen Verkaufe berechtigt gewesen sei, käuflich erworben zu haben. Dieser Rechtsstreit gab dem O.-A.-Gerichte Veranlassung, sich in einem Erkenntnisse vom 7. Mai 1864 über die Bedeutung von Blancocessionen folgender Maßen auszusprechen:

Die Beklagte hat behauptet und darzuthun gesucht, daß eine freie Veräußerungsbefugniß dem Ehemanne der Klägerin hinsichtlich des hier fraglichen Hypothekenscheins dadurch eingeräumt worden sei, daß sie denselben gehörig mit einer Blancocession versehen und ihm übergeben, dadurch aber ihn zum Inhaber der bezüglichen Forderung und Eigenthümer der betreffenden Urkunde selbst gemacht habe. Auch läßt sich, nach L. 9 §. 3 D. de jure dot. (23. 3), rechtlich überall nicht bezweifeln, daß die Ehefrau durch eine hierauf abzweckende Willenserklärung das Eigenthum zu ihrem Paraphernalgute gehörender Sachen gleichwie dazu gehörende

Digitized by Google

Forderungen unmittelbar auf ihren Ehemann übertragen kann, ohne daß eine solche Uebertragung doch, wenn die Ehefrau keine entsprechende Gegenleistung dafür erhält, unter den Gesichtspunkt einer verbotenen Schenkung fiele, da der Mann dadurch für den Werth dieser Gegenstände zum Schuldner der Frau constituirt wird und denselben ihr entweder nach Auflösung der Ehe oder sonst getroffener Verabredung gemäß zurückerstatten muß. Allein die Thatsachen, welche die Beklagte zur Begründung ihrer Behauptung einer in solchem Sinne geschehenen Rechtsübertragung angeführt hat, reichen dazu in keiner Weise aus. Denn was zunächst die sogenannte Blancocession betrifft, so ist die bloße Auftragung eines Cessionsformulars auf eine gewöhnliche Schuldverschreibung oder auf einen Hypothekenschein ohne Benennung eines bestimmten Cessionars weder gesetzlich noch gewohnheitsrechtlich ein Act von materiell oder formell bestimmter Bedeutung, wie dies hinsichtlich des auf einen Wechsel aufgetragenen Blancoindossaments der Fall ist, so daß der bloße Inhaber eines mit einer solchen Blancocession versehenen Schuldbocuments als solcher ohne Weiteres als der nunmehrige Forderungsberechtigte und Eigenthümer und daher auch als zur weiteren Uebertragung von Forderung und Eigenthum legitimirt angesehen würde. Vielmehr bedarf es zu dieser Uebertragung des Rechts auf den Inhaber wie zu dessen Legitimation für weitere Uebertragungen noch immer besonderer anderweitiger Willenserklärungen, um so mehr, als diese Blancocession an sich nur ein durchaus unfertiger Act ist, welcher erst durch Eintragung eines bestimmt benannten Cessionars seine Vollendung erhält und an sich nur zur Vorbereitung einer etwa beabsichtigten Cession zu dienen geeignet und bestimmt ist. Eine solche weitere Willenserklärung der Klägerin, durch welche die Absicht derselben, ihren Ehemann zum wirklichen Inhaber der betreffenden

Digitized by Google

Forderung und Eigenthümer des Hypothekenscheines zu machen, mit Sicherheit zu entnehmen wäre, ist nun aber auch nicht in dem Umstande zu finden, daß der mit einer Blancocession versehene Hypothekenschein sich im factischen Besitze des Ehemannes befunden hat. Denn die Klägerin hat nur zugestanden, daß sie denselben in seine Verwahrung gegeben, resp. darin belassen habe, daraus aber, wie die Beklagte versucht, ein Geständniß der Klägerin abzuleiten, daß sie denselben in einer auf Uebertragung des Eigenthums gerichteten Absicht in seinen Besitz übertragen habe, ist weder an sich, noch, wie die vorausgegangenen Erörterungen zeigen, in Verbindung mit dem Umstande möglich, daß darauf eine Blancocession aufgetragen war. Weiter als zu diesen Folgerungen gelangt die Beklagte aber auch in jetziger Instanz noch hinsichtlich ihrer Behauptungen nicht.

Ebenso ist es auch verfehlt, wenn die Beklagte im weiteren Verlaufe der Verhandlungen aus dem in der Blancocession enthaltenen Bekenntnisse des Valutenempfanges einen dem Ehemanne geschehenen Verkauf des Hypothekenscheines abzuleiten sucht, da dieses Bekenntniß offenbar nicht dem Inhaber des fraglichen Scheines, als solchem, sondern Demjenigen gegenüber abgelegt werden sollte, welcher demnächst durch weitere Ausführung und Vollzug der in solcher Weise vorbereiteten Cession wirklicher und rechtmäßiger Inhaber der zu cedirenden Forderung werden würde.

---

Digitized by Google

## 47.

## Die processualische Stellung des Indossatars, der in Wirklichkeit nur Mandatar des Indossanten ist, zum Schuldner. Fa. 513/1868.

(Vergl. Bd. VI. nr. 61.)

Die Inhaberin eines Wechsels beauftragte den Dr. X. mit der Betreibung der Wechselschuld und ertheilte ihm zu seiner Legitimation ein Blancoindossament. Auf Grund dieses Indossaments erhob der Dr. X. die Wechselklage, und nahm auch an dem nach der Verurtheilung des Beklagten über dessen Vermögen ausgebrochenen Concurse in eigenem Namen Theil. Als ihm später ein Eid deferirt wurde, gab er jedoch das wahre Sachverhältniß an, und die Indossantin erklärte jetzt, in den Proceß eintreten und den deferirten Eid ableisten zu wollen. Sie ward indeß mit diesem Verlangen zurückgewiesen und diese Zurückweisung mittels Querelentscheidung vom 21. Januar 1869 mit nachstehenden Gründen bestätigt:

Durch ein Blanco-Indossament wird der Indossatar zum Inhaber der Wechselforderung gemacht, und es hat auch im vorliegenden Falle der Dr. X. gegen den Eridar in eigenem Namen geklagt, und nachdem dieser rechtskräftig zur Zahlung der Wechselsumme an ihn verurtheilt war, demnächst im Debitwesen die fragliche Forderung als eine ihm zustehende Forderung liquidirt, sich auch an dem jetzigen Prioritätsstreite mit dem Querulaten als Processpartei betheiligt. — Welches Rechtsgeschäft dem Blanco-Indossamente zum Grunde liegt, hat auf die Activlegitimation des Indossatars keinen Einfluß; und wenn dem Wechselschuldner, sobald das Blanco-Indossament dazu benutzt werden soll, ihm die gegen den Indossanten zustehenden Einreden abzuschneiden, auch die exceptio doli zusteht, so ist und bleibt der klagende Indossatar doch Prozeßpartei und dem Gegner eventuell für die Prozeßkosten verhaftet. — Ob ferner in einem Falle der

Digitized by Google

vorliegenden Art der Prozeßgegner berechtigt ist, die Ableistung des deferirten Eides von dem Indossanten, statt von dem Indossatar zu verlangen, steht hier nicht zur Frage, auch kommt das Interesse der Wahrheit hier nicht in Betracht, da nicht vorliegt, daß die Querulantin von dem Gegenstande des Beweissatzes eine genauere und bessere Kenntniß hat, als der Dr. X. Es ist daher zur Zeit davon auszugehen, daß der Querulat dem Dr. X., der ihm als Prozeßpartei gegenüber aufgetreten ist, den Eid deferirt hat; und ist die Verlangen, statt desselben zur Ableistung des Eides zugelassen zu werden, ohne die etwanige Zustimmung des Prozeßgegners unbeachtlich.

---

## 48.

## Theilweise Durchstreichung eines Indossaments.

So. 1611/1888.

Der Remittent hatte den ihm gehörigen Wechsel mittels gewöhnlichen Indossaments auf A. indossirt, dieser denselben mittels Blanckindossaments weiter begeben, und waren dann noch weitere Blancoindossamente erfolgt. — Der Wechsel ward nicht eingelöst und der Remittent von einem der späteren Indossatare mit der Regreßklage belangt; auf dem Wechsel waren aber die das Blancoindossament enthaltende Namensunterschrift des A. und in dem Indossamente des Remittenten der Name des A. durchstrichen. — Nach der Erklärung des Klägers hatte A. diese Durchstreichungen bei Weiterbegebung des Wechsels vorgenommen und war dadurch nach seiner Ansicht das Indossament des Beklagten in ein Blancoindossament verwandelt worden. Der Beklagte bestritt dies und behauptete, durch die Streichung des Namens in dem von ihm ertheilten Indossamente sei die Integrität des Wechsels zerstört und seine Wechselverpflichtung aufgehoben.

Digitized by Google

Das Gericht erster Instanz leitete den Wechselprozeß ein. Auf Querel des Beklagten ward dies jedoch aufgehoben und die Wechselklage abgewiesen, und diese Entscheidung vom O.A.-Gericht mittels Decrets vom 7. Novbr. 1868 bestätigt.

Denn es ist gegen die Einleitung des Prozesses auf die Klage die Querel nicht ausgeschlossen, und wenn auch die Ladung des Beklagten, durch die er in seiner Vertheidigung gegen die Klage auf keine Weise verkürzt wird, in der Regel nicht als ihn gravirend erscheinen kann, so steht doch schon da die Sache anders, wo die Beschwerde gegen die Einleitung eines summarischen Verfahrens, insbesondere eines Verfahrens, in welchem Einreden zur besonderen Ausführung verwiesen werden können und selbst die Appellation keine Suspensiv-Wirkung hat, sich richtet.

Was nun die Frage betrifft, ob Kläger zu der angestellten Klage wider den Beklagten genügend legitimirt erscheint, so hat er selbst zugegeben, daß das vom Beklagten ertheilte Indossament an die Ordre von A. vollständig ausgefertigt war und daß A. diesen seinen Namen ohne Wissen und Willen des Beklagten in dessen Indossament gelöscht hat. Es liegt damit vor, daß Letzterer sich zunächst nur Ersterem durch die Begebung des Wechsels hat verpflichten wollen und lediglich diesem zur nächsten Weiterbegebung berechtigte. Nun hat aber A. das vom ihm darunter gesetzte Blanco-Indossament selbst durchstrichen, also nicht als Indossant auftreten wollen; und sind nach Art. 36 der allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung ausgestrichene Indossamente bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben anzusehen. Es fehlt also der zur Regreßklage wider den Beklagten nöthige Nachweis, daß die bestimmte Person, mit der er den Wechselvertrag geschlossen hat, den Wechsel in der zur Einleitung des Wechselprozesses erforderlichen Form weiter begeben hat. Es ist in der Wechsel-Ordnung irgends gestattet, daß der in einem Voll-Indossamente benannte Erwerber des Wechsels seinen Namen darin auslösche, um dadurch zu erreichen, daß jener als

Blanco-Indossament gelte, der benannte Indossatar, ohne selbst zu indossiren, den Wechsel weiter übertragen könne und der Aussteller des weiteren Indossaments als Derjenige angenommen werde, welcher von dem Aussteller des Voll-Indossaments den Wechsel erworben hat. Was der angezogene Artikel über den Fall bestimmt, daß auf ein Blanco-Indossament ein weiteres Indossament folgt, ist nur anzuwenden, wenn wirklich ein Blanco-Indossament gegeben war. Das Voll- und das Blanco-Indossament sind zwei verschiedene Arten des Wechselvertrages. Sie unterscheiden sich nicht bloß durch ihre Form, sondern auch durch ihre Wirksamkeit, und es kann selbst in dem Inhalte des Voll-Indossaments das Valuten-Verhältniß in solcher Art bezeichnet werden, daß der Indossant daraus möglicher Weise bei Geltendmachung seiner Regreßpflicht besondere Einreden gegen den Wechsel-Inhaber ableiten und außerdem sogleich feststellen kann, wer ihm wegen der Valuta verhaftet ist.

Vgl. Borchardt, Deutsche Wechsel-Ordnung, Zus. 179, Seuffert, Archiv Bd. 15 nr. 241 S. 415.

Demnach ist der Kläger dem Beklagten gegenüber zu der erhobenen Klage durch das Indossament nicht legitimirt.

---

## 49.

**Zur Anstellung der Bereicherungsklage aus einem verloren gegangenen Wechsel ist dessen Amortisation erforderlich.** Mc. 792/1869.

Ein domicilirter Wechsel war verloren gegangen und hatte deshalb nicht rechtzeitig präsentirt und protestirt werden können. — Der frühere Wechselinhaber erhob gegen den Acceptanten die Bereicherungsklage aus Art. 83 der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung, indem er eine nach seinem Wechselcopirbuche angefertigte Abschrift des Wechsels beibrachte; er ward jedoch mit dieser Klage angebrachtermaßen abgewiesen, weil die Bereicherungsklage aus

Digitized by Google

Art. 83 nicht auf Grund eines verlorenen und um deßwillen nicht präsentirten und protestirten nicht amortisirten Wechsels angestellt werden könne. Der Kläger hielt sich dadurch beschwert, weil die Amortisation des Wechsels wegen der unterbliebenen Präsentation den wechselmäßigen Anspruch doch nicht wieder herstellen könne, daher unter diesen Umständen bedeutungslos sein würde und nur die Bereicherungsklage übrig bleibe; das O.-A.-Gericht bestätigte indeß mittels Decrets vom 16. März 1869 aus folgenden Gründen:

Denn kann auch die Amortisation des abhanden gekommenen Wechsels ihm im vorliegenden Falle den im Art. 73 der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung daraufhin gewährten wechselmäßigen Anspruch gegen den Acceptanten um deswillen nicht verschaffen, weil wegen der in Folge des Verlustes des Wechsels geschehenen Verabsäumung der Präsentation und rechtzeitigen Protesterhebung bei dem Domiciliaten der wechselmäßige Anspruch auch gegen den Acceptanten erloschen ist — vgl. Art. 43 ebendaselbst —, und würde ihm deshalb gegen diesen, der erfolgten Amortisation des abhanden gekommenen Wechsels ungeachtet, immer nur die Bereicherungsklage aus Art. 83 ebendort zustehen; wird endlich diese Klage auch nicht im Wechselprocesse, sondern im Wege des ordentlichen Prozesses verhandelt, so gesteht doch anderer Seits die Wechsel-Ordnung, Art. 83, diese Klage ausdrücklich nur dem Inhaber des Wechsels zu, und kann dieses Erforderniß, da der fragliche Wechsel verloren gegangen ist, nur durch eine auf seinen Namen geschehene Amortisation desselben ersetzt werden.

Auch entspricht es der Natur der Sache, daß der Kläger sich bei Anstellung der Klage aus dem Art. 83 cit. durch Vorlegung des Wechsels oder der betreffenden Mortificationsdocumente als Inhaber des Wechsels legitimiren muß, weil der Wechselschuldner nach Art. 39 nur gegen Aushändigung

Digitized by Google

des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet, diese Bestimmung aber unbedenklich auch auf den Fall der Klage aus dem Art. 88 anzuwenden ist, und derselbe nur dadurch, daß der Kläger den Wechsel oder die Mortificationsurkunde vorlegt und gegen Zahlung aushändigt, gegen etwanige Klagen dritter Personen genügend gesichert wird.

## 50.

## Nicht vereinbarte Vergütung für gewährte Alimente. Bu. 1254/1871.

Der am 30. Januar 1859 verstorbene Ackersmann D. zu D. hatte sein Anwesen schon bei Lebzeiten seiner an den Zuhelmann B. daselbst verheiratheten Tochter unter Vorbehalt freier Wohnung und Verpflegung abgetreten, auch sodann in seinem Testamente bestimmt, daß diese Tochter das Grundstück zu 4000 Thlr. annehmen und die ihren Miterben von der Taxsumme zukommenden Antheile mit Zinsen von 4 pCt. seit seinem Todestage am zweiten darauf folgenden landüblichen Zahlungstermine auszahlen solle. Erst nach Ablauf von zehn Jahren forderte die zweite Tochter des Erblassers, die verwittwete L., den ihr gebührenden dritten Theil jener Summe nebst Zinsen zu 4 pCt. bis zum Antrittstermine 1860 und von da an gemäß der landesgesetzlich anerkannten Regel des interpellat pro homine mit Verzugszinsen zu 5 pCt. Die Beklagte wollte mit einem das Klageobject weit übersteigenden Gegenanspruch für gewährte Alimente compensiren, indem sie sich auf folgende streitlose Thatsachen berief. Da sie selbst kinderlos war, hatte sie mit Zustimmung ihres Ehemannes die Tochter der in dürftigen Verhältnissen lebenden Klägerin zu sich genommen und zur Zeit der Klagerhebung bereits siebzehn Jahre hindurch vollständig alimentirt. Sodann um Ostern 1861 hatte

auch die Klägerin, nachdem sie Wittwe geworden und in eine Geisteskrankheit verfallen war, mit ihren drei übrigen Kindern (Söhnen) im Hause der Schwester Aufnahme gefunden; der älteste Sohn war dort vier Wochen, der zweite ein Jahr, der dritte vier Jahre, die Klägerin selbst aber bis Pfingsten 1868 verblieben und verpflegt worden.

Durch Urtheil vom 20. Mai 1871 bestätigte das O.-A.-Gericht zwar die voraufgegangenen Entscheidungen, welche diese Compensationseinreden verworfen hatten, sprach jedoch der Klägerin die geforderten Zinsen für den der Insinuation der Klage voraufgehenden Zeitraum ab.

Gründe.

Als Regel ist festzuhalten, daß wenn unter so nahen Verwandten der Wohlhabende dem Dürftigen die nöthigen Alimente gewährt, ohne eine Vergütung dafür zu bedingen, dies als eine Liberalitätshandlung zu betrachten und der Empfänger zu einer entsprechenden Vergütung nicht verpflichtet ist, und danach ist auch ein Anspruch auf Vergütung für das, was die Beklagte und ihr Ehemann für die Tochter der Klägerin aufgewandt haben, abzuweisen. Denn auch nach Dem, was die Beklagte über die Veranlassung der Aufnahme dieser Tochter vorbringt, kann nicht anders angenommen werden, als daß die klägerischen Eheleute die Aufnahme in das Haus der Beklagten als eine unter den obwaltenden Umständen gebotene Liebespflicht der Letzteren ansahen und begehrten, und der Ehemann der Beklagten hätte daher, wenn er eine Vergütung dafür verlangte, eine solche bedingen oder wenigstens einen desfallsigen Anspruch vorbehalten müssen. — Ueberdies war damals der Ehemann der Klägerin noch am Leben und der zur Alimentation der Tochter zunächst Verpflichtete; und ein Anspruch gegen die Klägerin entsprang aus der Aufnahme der Tochter um so weniger, als jene nach der Angabe der Beklagten damals

Digitized by Google

geistesschwach war und unter diesen Umständen nicht sie, sondern deren Ehemann als Derjenige betrachtet werden muß, der die Tochter nach D. sandte und den Ehemann der Beklagten zur Aufnahme derselben veranlaßte. — Eine Verpflichtung der Klägerin hätte daher erst eintreten können, als ihr Ehemann gestorben und sie selbst durch den Tod ihres Vaters zu einigem Vermögen gekommen war. Hatten aber die Beklagte und ihr Ehemann, welche in kinderloser Ehe lebten, bis dahin die klägerische Tochter aufgenommen und als eigenes Kind gehalten, und behielten sie dieselbe weiter in der bisherigen Weise, ohne eine Vergütung zu beanspruchen, so durfte die Klägerin annehmen, daß sie dasselbe als ein von ihnen angenommenes Pflegekind ansehen und behandeln wollten.

Einer gleichen Beurtheilung unterliegt die Aufnahme und Beköstigung des ältesten Sohnes der Klägerin, da dieser sich nur kurze Zeit im Hause der Beklagten aufgehalten hat, dieser Aufenthalt auch durch die damalige Krankheit der Klägerin motivirt war und unter den obwaltenden Umständen, wenn der Ehemann der Beklagten nicht eine Vergütung ausdrücklich verlangte, nicht angenommen werden kann, daß er eine solche begehrte.

Was dagegen die der Klägerin und ihren beiden jüngsten Söhnen nach dem Tode des Vaters der streitenden Parteien gewährten Unterstützungen betrifft, so darf nicht übersehen werden, daß die Klägerin seit dem Tode ihres Vaters eine Anteni 1860 fällig gewordene Forderung von 808 Thlr. 16 Schill. mit Zinsen zu 4 pCt. seit dem Todestage ihres Vaters gegen die Beklagte besaß. — Sie hatte also vorläufig noch die Mittel, sich selbst und ihre Kinder zu ernähren; und bei dem thatsächlichen Verhalten der Beklagten und ihres Ehemannes auf der einen und der Klägerin auf der anderen Seite ist nicht unberücksichtigt zu lassen, daß

Digitized by Google

einer Seits der Ehemann der Beklagten zwar die klägerische Tochter bei sich behielt und Ostern 1861, — welcher Zeitpunkt da die Beklagte die desfallsige Angabe der Klägerin unbeantwortet läßt, als der richtige Zeitpunkt anzunehmen ist, — die Klägerin mit ihren übrigen Kindern zu sich nahm, ohne eine Vergütung dafür zu bedingen, dagegen aber die seiner Ehefrau nach §. 5 des Testaments obliegenden Zahlungen nicht leistete, und daß anderer Seits die Klägerin diese Leistungen entgegennahm, dafür aber auch unterließ, die Zahlung der rückständigen Zinsen sowie die Auszahlung des Antoni 1860 bereits fälligen Capitals oder dessen Zinsen zu begehren. — Spricht nun auch im Allgemeinen bei der Alimentation bedürftiger naher Verwandter die Präsumtion dafür, daß der Alimentengeber dieselben scheinweise geben will, so stellt sich die Sache doch anders, wenn der Empfänger eine fällige Forderung gegen den Alimentengeber hat und dieser dieselbe während der Zeit, wo er Jenem Unterstützungen gewährt, unerfüllt läßt, weil dies letztere schon darauf hinweist, daß es nicht seine Absicht ist, neben der Verabreichung der Alimente noch seine eigenen Verpflichtungen vollständig und prompt zu erfüllen. Im vorliegenden Falle kann überdies aus dem Schweigen der Beklagten und ihres Ehemannes jene Absicht um so weniger entnommen werden, als die Klägerin, wie sie in jetziger Instanz einräumt, damals an Gemüthskrankheit litt, das Rechtsverhältniß also mit ihr derzeit nicht geordnet werden konnte. — Wenn die Beklagte und deren Ehemann unter diesen Umständen die Klägerin mit ihren Kindern bei sich aufnahmen und nach der Genesung der Klägerin bei sich behielten, während dieser Zeit der Klägerin aber weder Kapital noch Zinsen zahlten, so haben sie damit zur Genüge zu erkennen gegeben, daß sie als Gegenleistung für die der Klägerin gewährten Unterstützungen mindestens die fernere unverzinsliche Be-

Digitized by Google

lassung des Kapitals erwarteten, also die von der Beklagten zu zahlenden Zinsen dagegen aufrechnen wollten; und die Klägerin, welche nach ihrer Genesung mit ihren Kindern im Hause der Beklagten blieb und die gewährten Unterstützungen stillschweigend in Empfang nahm, dagegen aber auch das ihr nach dem Testamente Gebührende nicht forderte, muß als damit einverstanden betrachtet werden, so daß also in Ermangelung einer anderweitigen Interpellation eine mora der Beklagten erst mit Insinuation der Klage eintrat. Weiter kann indeß in dieser Beziehung nicht gegangen werden. Das Verhalten der Beklagten und ihres Ehemannes behielt immer den Charakter einer Liberalitätshandlung, und die Klägerin durfte daher, so lange jene dies nicht ausdrücklich erklärten, unter den obwaltenden Umständen nicht erwarten, daß sie ihr die gewährten Unterstützungen auch auf das ihr zustehende Kapital abrechnen wollten.

---

## 81.

**Zur Lehre von der lex Aquilia.** Sa. 1633/1869.

Die Cammer hatte dem Handlungshause S. & S. an einem zum Domanium gehörenden See das Recht des Holzflößens eingeräumt und demselben ein bestimmt bezeichnetes Terrain als Lagerplatz für das Floßholz vermiethet, im Uebrigen aber die Fischerei und Rohrwerbung auf dem See an den Kläger verpachtet. In dem mit den Kaufleuten S. & S. abgeschlossenen Vertrage war diesen die Verpflichtung aufgelegt, Ufer- und Rohrbeschädigungen, Störungen und Beeinträchtigungen der Fischerei beim Holzflößen nach Kräften abzuwenden, gegentheils aber beziehungsweise dem Amte und den Fischereipächtern volle Entschädigung zu leisten. In dem Vertrage mit dem Kläger sollte

Digitized by Google

sie sich nach der Behauptung des Beklagten gegen jede Regreßansprüche des Klägers aus derartigen Beschädigungen gesichert haben.

Nach der Behauptung des Klägers hatten nun die Kaufleute S. & S. eine Reihe von Jahren hindurch bedeutende Quantitäten von Floßholz außerhalb des ihnen angewiesenen Lagerplatzes gelagert gehabt, dadurch sowohl den Rohrwuchs auf dieser Stelle gestört, als auch den Kläger gehindert, dort mit der Wade und mit Körben zu fischen, und ihm auf diese Weise einen Schaden verursacht, den er zu 155 Thlr. jährlich berechnete. Er glaubte zwar schon als Pächter zur Anstellung der actio legis Aquiliae berechtigt zu sein, hatte sich aber auch die Rechte der Kammer cediren lassen, und richtete die Klage gegen den Beklagten, der für den dabei interessirenden Zeitraum von zwölf Jahren Mitglied des Handlungshauses gewesen war und den er als solidarisch verhaftet hielt.

Der Beklagte bestritt zunächst die Activlegitimation des Klägers. Dem Pächter stehe die actio legis Aquiliae nicht zu und die Cession der Kammer gebe ihm ebenfalls kein Recht, weil diese sich durch die erwähnte Vertragsbestimmung nur gegen Regreßansprüche von Seiten der Fischereipächter hätte sichern wollen, durch den mit dem Kläger abgeschlossenen Pachtcontract auch dagegen gesichert, folglich ihrer Seits keinen Schaden gelitten und also auch keinen Anspruch auf Ersatz desselben gehabt hätte, den sie dem Kläger hätte cediren können. Ebenso bestritt er seine Passivlegitimation. So weit, was hin und wieder in geringem Umfange vorgekommen sein möge, Floßholz außerhalb der Grenzen des dazu angewiesenen Platzes gelagert worden, sei dies ohne sein Wissen und Wollen durch seine Leute geschehen, rücksichtlich deren ihn auch keine culpa in eligendo treffe. Der Kläger, der entweder selbst von der angeblichen rechtswidrigen Lagerung nichts gewußt oder kein Gewicht darauf gelegt, habe sich auch niemals darüber beschwert. — Im Uebrigen leugnete



Digitized by Google

er nicht nur, daß eine solche Lagerung in dem behaupteten Umfange stattgefunden hätte, sondern bestritt auch den angeblich dadurch entstandenen Schaden, namentlich hinsichtlich des Ertrages der Fischerei, weil die Fische durch die Lagerung nicht getödtet oder beschädigt worden und der Gesammtertrag der Fischerei für den Kläger, der den ganzen See gepachtet gehabt, dadurch nicht vermindert sei.

Die beiden vorigen Erkenntnisse hielten die Klage für begründet und legten dem Kläger den Beweis des Klaggrundes auf. Durch Erkenntniß des O.-A.-Gerichts vom 8. Mai 1871 ward jedoch die Klage angebrachtermaßen abgewiesen.

Gründe:

1. Die Behauptung des Beklagten, daß die Kammer sich durch die Bestimmung in §. 4 des Regulativs, welche für die den Kaufleuten S. & S. gestattete Floßholzlagerung normirt, nur gegen etwanige Regreßansprüche der Fischereipächter habe sichern wollen, daß sie also mit andern Worten, soweit sie ihren Pächtern nicht regreßpflichtig, auch ihrer Seits dem gedachten Handlungshause gegenüber auf Entschädigungsansprüche verzichtet oder solche überhaupt nicht erworben habe, weil der fragliche Schade nur dem Pächter, nicht aber ihr verursacht sei, muß als unrichtig verworfen werden, da die Fassung des §. 4 der Interpretation, daß dadurch die Rechte der Kammer hätten beschränkt werden sollen, widerspricht. Ueberdies handelt es sich im vorliegenden Falle nicht um eine contractswidrige Benutzung des den genannten Kaufleuten vermietheten Lagerplatzes oder um eine contractswidrige Ausübung des ihnen gestatteten Holzflößens, wovon der §. 4 des Regulativs redet, sondern um die Lagerung ihres Floßholzes auf einem Theile des See's, der ihnen nicht vermiethet war, also um einen Eingriff in das Eigenthum der Kammer und einen dadurch nach der Behauptung des Klägers verursachten Schaden, dem gegenüber

Digitized by Google

der Kammer schon die actio negatoria und die actio legis Aquiliae zustehen würde, bei dem daher die Kammer zur Begründung ihrer Entschädigungsansprüche gar nicht auf den Inhalt der contractlichen Bestimmungen zu recurriren braucht, und bei dem anderer Seits sogar die Anwendlichkeit der Contractsklage gegründeten Bedenken unterliegt, weil der in Frage stehende Theil des See's gar nicht mitvermiethet war. — Auf solche Handlungen, welche ganz außerhalb der den genannten Kaufleuten contractlich eingeräumten Rechtssphäre liegen und schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Entschädigungspflicht begründen, würden daher die Bestimmung des Regulativs, wenn sie wirklich den ihr vom Beklagten untergelegten Sinn hätte, jedenfalls nicht bezogen werden können; und in Bezug auf die mit der actio legis Aquiliae oder negatoria verfolgbaren Ansprüche ist es völlig irrelevant, ob der Eigenthümer sich dem Pächter gegenüber gegen etwanige Regreßansprüche gesichert hat. — Entspringen aus der Handlung eines Dritten dem Eigenthümer Entschädigungsansprüche, welche mit den gedachten Klagen verfolgt werden können, so wird deren Erwerb durch den Umstand, daß das betreffende Grundstück verpachtet war, nicht gehindert; der Kammer blieb daher das Recht, ihre Ansprüche dem Kläger zu cediren, und erledigt sich durch die geschehene Cession auch die Frage, ob dem Kläger als Pächter ohne dieselbe die actio legis Aquiliae zustehen würde.

2. Der Einwand des Beklagten, daß die vom Kläger behauptete Lagerung des Floßholzes, insoweit eine solche überhaupt stattgefunden, ohne sein Wissen und Wollen durch seine Leute geschehen sei, erledigt sich durch den Umstand, daß der in Frage stehende Schade nicht schon durch die Thatsache der Lagerung, sondern durch deren längere Dauer entstanden sein soll. Unter diesen Umständen bedurfte es nicht noch des besonderen Beweises, daß dies mit Wissen



Digitized by Google

und Wollen des Beklagten geschehen sei. Daß das Floßholz in der vom Kläger behaupteten Weise außerhalb der den Kaufleuten S. & S. angewiesenen Grenzen gelagert war, konnte dem Beklagten bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht entgehen und, wie der Beklagte, wenn er dies bemerkte, die Entfernung des Floßholzes aber nicht anordnete, damit das Verfahren seiner Leute ratihabirte, so muß auch eine solche Ratihabition angenommen werden, wenn er bei seinen Besuchen des Holzhofes das Holz zwar liegen sah, aber nicht weiter untersuchte, ob es außerhalb oder innerhalb der angewiesenen Grenzen lag oder sich überhaupt um das Treiben seiner Leute und den Ort, wo sie das Floßholz hinbrachten und liegen ließen, nicht weiter kümmerte. Daß die erhobene Klage auf Erstattung des ganzen Schadens gerichtet ist, bedarf, soweit dem Kläger dieserhalb eine actio legis Aquiliae zusteht, keiner besonderen Rechtfertigung und würde eventuell immer nicht zur völligen Abweisung, sondern nur zu einer Beschränkung der Verurtheilung führen.

3. Der Schade, dessen Ersatz der Kläger fordert, hat nach seiner Behauptung darin bestanden, daß durch die Lagerung des Floßholzes an der ihm bezeichneten Stelle des See's eines Theils der Rohrwuchs auf dieser Stelle zerstört, andern Theils Kläger verhindert ist, daselbst mit Fischkörben und mit der Wade zu fischen. In beiden Beziehungen handelt es sich also um einen Schaden, der nicht schon durch das erste Hinlegen des Floßholzes an den fraglichen Ort, sondern erst durch dessen längere Lagerung daselbst entstanden ist. Daß dies ohne Wissen des Klägers geschehen sei, behauptet derselbe nicht. Nach dem, was er in seiner Replik und in seiner Erwiderung in dieser Instanz über diesen Punkt und beziehungsweise über die Lage der fraglichen Stelle in der Nähe seines Fischereigehöfts sagt, ist es vielmehr als unzweifelhaft anzusehen, daß er von jener Lagerung

Digitized by Google

Kenntniß gehabt hat, und die Klage gründet sich demnach auf eine längere Zeit hindurch fortgesetzte Handlung des Handlungshauses S. & S., zu der dieses allerdings nach dem von ihm mit der Kammer abgeschlossenen Contracte nicht berechtigt war, auch die ausdrückliche Einwilligung des Klägers nach dem Zugeständnisse des Beklagten weder erbeten noch erhalten hatte, die aber doch immer mit Wissen des Klägers fortgesetzt wurde und die dieser also, wenn er dagegen keine Einsprache erhob, wissentlich duldete. — Nun setzt aber jede Klage auf Schadenersatz, möge sie sich auf die lex Aquilia oder auf eine Verletzung contractmäßiger Verbindlichkeiten gründen, voraus, daß die Handlung, durch welche der Kläger einen Schaden erlitten zu haben behauptet, wider oder doch ohne seinen Willen vorgenommen ist. Sie wird nach dem Grundsatze volenti non fit injuria ausgeschlossen, sobald er seine Einwilligung zu derselben gegeben hat; es wird hiezu auch keineswegs und unter allen Umständen eine ausdrückliche Einwilligung erfordert, vielmehr genügt es, wenn dieselbe aus concludenten Thatsachen gefolgert werden kann; es handelt sich daher im vorliegenden Falle um die Frage, ob aus dem Verhalten des Klägers, wenn er gegen die von ihm behauptete, längere Zeit hindurch fortgesetzte, Lagerung des Floßholzes keine Einsprache erhob, nicht eine Einwilligung desselben zu folgern ist. — Die Besitzer oder Innehaber benachbarter Grundstücke können und müssen allerdings wissen, daß sie zu einem Eingriff in das Rechtsgebiet des Anderen ohne dessen Einwilligung nicht berechtigt sind und bei ihrem gegenseitigen Verhalten zu einander von dieser Voraussetzung ausgehen. Auf der anderen Seite aber geschieht es auch sehr häufig, daß sie sich aus nachbarlicher Gefälligkeit einander solche Eingriffe gestatten; und auf Grund dieser alltäglichen Erfahrung sind sie dann auch bis zu einem gewissen Grade, insbesondere

Digitized by Google

bei Eingriffen, aus welchen dem Anderen entweder überall kein Schade oder doch nur ein höchst geringfügiger erwächst, zu der Voraussetzung einer solchen Gestattung mindestens zu der Folge berechtigt, daß der Andere, wenn er die Handlung entweder überhaupt nicht oder nicht ohne entsprechende Vergütung gestatten will, dieselbe verbieten wird, und der Handelnde dann, wenn die Voraussetzung der Einwilligung des Gegners nicht eintritt, für den etwa bereits zugefügten Schaden Ersatz leistet. Dies trifft namentlich zu, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Schade nicht schon durch den Eingriff selbst, sondern erst durch die längere Fortsetzung desselben herbeigeführt wird und im Wesentlichen nur darin besteht, daß der Gegner an der anderweitigen Benutzung des dadurch betroffenen Platzes verhindert wird. — Der Kläger hatte daher, wenn das Handlungshaus S. & S. außerhalb der ihm angewiesenen Grenzen Floßholz lagerte, unter den obwaltenden Umständen überall keinen Grund zu der Annahme, daß die Inhaber des Handlungshauses dies wider seinen Willen hätten thun wollen; er konnte und durfte vielmehr nicht anders annehmen, als daß sie dies in der Voraussetzung gethan hätten, Kläger werde, weil ihm an der Benutzung dieses Platzes wenig oder gar nichts gelegen sei und ihm durch die Lagerung des Floßholzes entweder überhaupt kein oder doch kein nennenswerther Schade entstehe, Nichts dawider haben oder, Falls diese ihre Voraussetzung irrig sei, sie über ihren Irrthum aufklären und folglich, wenn er die fragliche Benutzung des Platzes überhaupt nicht oder doch nicht unentgeltlich gestatten wolle, sie davon in Kenntniß setzen. Er konnte und durfte folglich bis auf Weiteres auch nicht anders annehmen, als daß dieselben, wenn er die Entfernung des Floßholzes von ihnen begehrte und auch eine miethsweise Benutzung des Platzes ablehnte, jene Entfernung sofort bewirken und damit aufhören würden,

Digitized by Google

ihm durch Störung des Rohrwuchses und Verhinderung der Fischerei Schaden zuzufügen. — Wenn er dies unterließ und dadurch in der Absicht, demnächst Schadensersatz zu begehren, die Mitglieder des fraglichen Handlungshauses zu dem Glauben verleitete, daß er ihnen die Benutzung des in Rede stehenden Platzes aus Gefälligkeit gestatte, so handelte er nicht nur contra bonam fidem, sondern es fehlt auch insofern an den Erfordernissen einer Entschädigungsklage, als bis auf Weiteres angenommen werden muß, daß er den fraglichen Schaden durch eine entsprechende Willensäußerung hätte abwenden können, und wenn er diese unterließ, der Grundsatz volenti non fit injuria auf ihn Anwendung findet.

4. Daß und wann nun Kläger die Entfernung des Floßholzes von der fraglichen Stelle verlangt hat, ist aus seinen Vorträgen nicht zu entnehmen. In der Klage ist darüber Nichts gesagt und seine späteren Erklärungen enthalten nähere Angaben darüber, wann dies geschehen sein soll, nicht.

---

## 52.

**Actio aquae pluviae arcendae.** Pe. 587/1868.

Zwischen den Feldmarken der Stadt P. und dem Rittergute X. liegt das s. g. Berckbruch, eine kesselförmige rings von höher belegenem Gelände umgebene Niederung, von welcher etwa der dritte Theil zu X., der Rest zum städtischen Gebiete gehört. Mitunter ist dieses Bruch so überschwemmt, daß man den hindurchgehenden Grenzgraben nicht sehen kann, während es regelmäßig als ein sumpfiges Moor sich darstellt. Auf dem städtischen Bruchantheile findet sich noch ein zweiter Graben, der mit seinem oberen Ende zwar nicht bis an den Grenzgraben heran-

Digitized by Google

reicht, aber nach der entgegengesetzten Seite, ganz auf dem Territorium der Stadt verlaufend, über das Bruch hinaus bis zu einem tiefer belegenen Landsee fortgesetzt und seiner Anlage nach geeignet ist, aus dem Bruche in den See Wasser abzuführen. Da dieser Graben gänzlich verfallen war, forderte der Eigenthümer des Gutes X. klagend, daß der Magistrat der Stadt Y. denselben bis auf die alte noch erkennbare Sohle aufräume, auch den durch das pflichtwidrige Unterlassen dem Kläger entstandenen und noch entstehenden Schaden ersetze. Dieser Anspruch gründete sich auf die Behauptung, daß der Graben in bestimmt angegebenen Dimensionen seit unvordenklichen Zeiten bestehe und den Abfluß des von der Gutsfeldmark im Bruche sich sammelnden Wassers nach dem Landsee hin vermittle. — Der Beklagte verwies hiergegen zunächst auf die streitlose Thatsache, daß die beiderseitigen Bruchantheile in gleichem Niveau liegen. Danach könne man nicht sagen, daß das von X. stammende Wasser seinen natürlichen Lauf nach dem städtischen Gebiete nehme es fließe vielmehr in das Bruch und bleibe dort stehen. Der Graben diene nicht zur Aufnahme desselben, da er nicht bis zur Grenze reiche. Derselbe bestehe auch nicht seit unvordenklicher Zeit, sondern sei erst zu Ende des vorigen oder zu Anfang dieses Jahrhunderts angelegt und zwar lediglich, um den städtischen Bruchantheil behufs der Torfgewinnung zu entwässern. Der Torfstich habe seit länger als dreißig Jahren aufgehört und die Stadt habe daher an der Erhaltung des Grabens kein Interesse weiter, wünsche vielmehr zur Beförderung des Graswuchses das Wasser im Bruche zurückzuhalten.

Gegen das in diesem Rechtsstreite ergangene Erkenntniß, welches die Klage für begründet erklärte und dem Kläger die nach Lage der Sache noch erforderlichen Beweise auflegte, appellirte der Beklagte. Das O.-A.-Gericht bestätigte indessen das angefochtene Urtheil durch Bescheid vom 29. October 1868 aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

Was zunächst die Frage betrifft, ob nach dem für die actio aquae pluviae arcendae geltenden Grundsätzen der städtische Antheil des Berckbruches im Verhältnisse zum X.er als der inferior locus anzusehen sei, so ist bei deren Beantwortung in Gemäßheit der l. 2 pr. D. h. t. (39, 3) nicht bloß die natura loci, sondern ganz unabhängig davon und als ein völlig selbständiges Moment auch die vetustas in Betracht zu ziehen. Es ist hienach gleichgültig, ob der bisherige Wasserlauf, gegen dessen, Nachtheil drohende, Veränderung die Klage gerichtet wird, auf der natürlichen Bodensenkung beruhte oder durch künstliche Vorrichtungen von unvordenklichem Bestande bewirkt wurde. Daß mit der Bezeichnung vetustas, fossa vetus das Requisit der Unvordenklichkeit aufgestellt sei,

cfr. Entscheidungen Bd. II. S. 216 ff.

braucht für den vorliegenden Fall nicht wiederholt dargelegt zu werden, da Kläger die ihm dieserhalb gemachte Beweisauflage hat rechtskräftig werden lassen. Hienach steht die streitlose Thatsache, daß die beiderseitigen Bruchantheile wesentlich im gleichen Niveau liegen und rings von höheren Ländereien umgeben sind, der Klage nicht entgegen, weil der gerichtliche Augenschein ergeben hat, daß der libellirte, jetzt verfallene Graben im aufgeräumten Zustande geeignet ist, wenn nicht alles in jener Niederung sich sammelnde Wasser, so doch einen großen Theil desselben in den ....see abzuführen, mithin beide Antheile in wesentlich gleichem Maße zu entwässern. Indem der Graben, so lange er offen war, dem städtischen Antheil Wasser entzog, machte er diesen zum locus inferior, sofern er zugleich bewirkte, daß das auf dem X.er Antheile stehende Wasser naturgemäß nachdrängen und übertreten mußte. Demnach hat Kläger auf die Offenhaltung des Grabens, falls derselbe seit unvordenklicher Zeit bestanden hat, ein mittels der actio aquae pluviae arcendae

Digitized by Google

verfolgbares Recht, wenn die durch die unterbliebene Aufräumung herbeigeführte Veränderung des Wasserlaufs ihn mit Schaden bedroht. Auch hinsichtlich dieser ihrer zweiten Voraussetzung ist die Klage durch die gleichfalls bereits zum Beweise verstellte Behauptung, daß das in Folge der unterlassenen Grabenreinigung im Bruche sich sammelnde Regen- und Grundwasser das Gedeihen der auf den umliegenden X.er Aeckern wachsenden Feldfrüchte gefährde, zweifellos ausreichend begründet. Wenn, wie im vorliegenden Falle, die mit der Klage zu beseitigende Neuerung nicht in einem opus manu factum besteht (l. 1 §. 1 seqq. D. h. t.), sondern die Folge eines bloßen Unterlassens oder eines rein zufälligen Naturereignisses ist, so ist es nach gemeinem Rechte nicht ganz streitlos, ob der Kläger unbedingt verlangen könne, daß der Beklagte auf eigene Kosten den alten Zustand wiederherstelle, oder ob er nicht vielmehr alternativ klagen müsse, daß der Beklagte entweder die Herstellung selbst übernehme, oder ihm, dem Kläger, gestatte. Diese Controverse, zu welcher eine Vergleichung des §. 1 mit §§. 4 u. 7 der l. 2 D. h. t. Anlaß bietet, ist für den wichtigsten Fall, nämlich wenn es sich um eine Entwässerung von Ländereien handelt und in diesem Interesse der vicinus superior gegen den inferior klagt, durch das einheimische Gesetz vom 31. Juli 1846 entschieden. Nach §. 32 b ist der Besitzer des niedriger belegenen Grundstücks verpflichtet, die auf seinem Gebiete befindlichen Wasserwege gehörig aufzuräumen oder dem Besitzer des höher belegenen Grundstücks nach dessen Wahl die dann auch auf dessen Kosten auszuführende Aufräumung, so oft und so weit es zur Abwendung eines Schadens nöthig ist, zu gestatten. In diesem Falle ist also dem Kläger das Wahlrecht zugestanden; er braucht nicht alternativ zu klagen, und es ist daher vom vorigen Richter mit Recht anerkannt, daß der Appellat befugt gewesen sei,

Digitized by Google

seine Klagbitte ausschließlich auf die erste Alternative zu stellen. Daß die erwähnte gesetzliche Bestimmung den gegenwärtigen Rechtsfall nicht treffe, kann nicht zugegeben werden. Zunächst müssen die Ausdrücke „höher und niedriger belegenes Grundstück" unbedenklich in dem oben dargelegten gemeinrechtlichen Sinne verstanden werden, da Nichts dafür spricht, daß der Gesetzgeber einem davon abweichenden Sprachgebrauch gefolgt sei. Von zwei benachbarten Grundstücken ist daher auch im Sinne des Gesetzes dasjenige für das niedriger belegene zu halten, welches die aqua pluvia des anderen vermöge der natura loci oder in Folge einer fossa vetus aufnimmt. Bedenklich erscheint der Einwand gegen die Anwendlichkeit des Gesetzes auf den vorliegenden Fall, welchen der Appellant dem an der oben citirten Stelle dieser „Entscheidungen" abgedruckten Präjudize entnimmt. Auch in dem dort mitgetheilten Rechtsfalle handelte es sich um einen Graben, der seiner ganzen Länge nach auf dem Gebiete des Beklagten verlief und nicht bis zu demjenigen des Klägers führte, also nicht als eine Fortsetzung dort vorhandener Wasserwege sich darstellte, und von solchem Graben wurde an jener Stelle gesagt, derselbe sei auf keinen Fall zu den im Gesetze bezielten Wasserwegen zu zählen. Damit sollte indessen, wie der Zusammenhang lehrt, nur ausgesprochen sein, daß ein solcher Graben nicht zu denjenigen gehöre, auf deren Fortbestand schon das Gesetz dem Kläger einen Anspruch gewähre, daß deshalb auf das gemeine Recht habe zurückgegangen werden müssen, nach dessen Bestimmungen, in Verbindung mit den in concreto gegebenen factischen Verhältnissen, dem Kläger der Beweis der behaupteten Unvordenklichkeit nicht erlassen werden könne. Zu einem weiter gehenden Ausspruche lag damals nicht die mindeste Veranlassung vor, insbesondere konnte die jetzt zur Frage stehende, auf die Fassung der Klagbitte bezügliche Controverse damals

Digitized by Google

gar nicht in Erwägung kommen. Die Beklagten selbst hatten den libellirten Graben verschüttet, und es war daher schon nach gemeinem Rechte ganz außer Zweifel, daß sie eventuell, wenn Kläger die zur Begründung seiner actio aquae pluviae arcendae ihm aufgegebenen Beweise erbringen sollte, das durch ihr eigenes opus manu factum dem bisherigen Wasserlaufe bereitete Hinderniß auf eigene Kosten selbst wieder beseitigen mußten. Nach dem Wortlaute des Gesetzes gilt die Vorschrift des §. 32b. für die auf dem fundus inferior „befindlichen" Wasserwege. Es mußte deshalb zur Entscheidung jenes älteren Rechtsfalles constatirt werden, daß nicht jeder auf dem unteren Grundstücke factisch vorhandene, zur Entwässerung des oberen dienliche und mitwirkende Graben unter das Gesetz zu subsumiren sei. So unbedenklich dieser negative Ausspruch war, ebenso unbedenklich ist auch die der sententia a qua zu Grunde liegende Annahme, daß an der angezogenen Gesetzesstelle zwar nur die, aber auch alle die Wasserwege bezielt seien, auf deren Offenhaltung der Besitzer des oberen Grundstücks ein mit der actio aquae pluviae arcendae verfolgbares Recht hat, da die Worte des Gesetzes auf weitere Unterscheidungen nicht hinführen.

Der Appellat hat seine nach vorstehender Erörterung in der Hauptsache durchaus gerechtfertigte Klagbitte auch auf den Ersatz des durch den Verfall des libellirten Grabens ihm bereits verursachten und weiter bevorstehenden Schadens erstreckt. Mit der von ihm erhobenen Klage, welche ihrer ganzen Begründung nach eben nur als actio aquae pluviae arcendae aufgefaßt werden kann, ist bekanntlich der durch die Veränderung des Wasserlaufs seit der Litiscontestation, also nach heutigem Rechte seit der Insinuation der Klage entstehende Schade, dessen Liquidation natürlich vorbehalten bleiben muß, geltend zu machen, wogegen der Anspruch auf Ersatz des früher schon entstandenen von dem Bereiche dieser Klage grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Digitized by Google

l. 6 §. 6, l. 11 §. 3 D. h. t. (39. 3).

Es konnte demnach die in der sententia a qua über diesen Nebenpunkt getroffene Entscheidung nur gebilligt werden, namentlich ist es für den Appellanten nicht beschwerend, daß die Ersatzforderung für das damnum praeterium aus einem anderen als dem eben angeführten Grunde angebrachtermaßen und nicht definitiv abgewiesen ist, indem ja nur die angestellte Klage diesen Anspruch nicht begründet, während es immer möglich bleibt, daß dem Appellaten zur wirksamen Geltendmachung noch eine andere Klage zu Gebote steht. Die von dem Appellanten aufgestellte Rechtsansicht, daß juristische Personen aus unerlaubten Handlungen und Unterlassungen ihrer Vertreter überall nicht zum Ersatze der dadurch verursachten Vermögensbeschädigung verpflichtet werden könnten, ist in dieser Allgemeinheit unrichtig und bedarf in der Anwendung auf den vorliegenden Fall, in welchem die Corporation als Besitzerin eines Grundstücks die rechte Beklagte ist und als solche haftet, keiner weiteren Widerlegung.

Sonstige selbständige Einreden sind nicht vorgeschützt. Mit der Behauptung, daß der Ursprung und Zweck des fraglichen Grabens bekannt sei, daß derselbe nämlich zu Ende des vorigen oder zu Anfang des jetzigen Jahrhunderts angelegt sei, lediglich zu dem, jedes Anrecht des Klägers ausschließenden Zwecke, den städtischen Bruchantheil für den Torfstich trocken zu legen, ist der Appellant richtig auf den gegen den Beweis der Unvordenklichkeit ihm vorbehaltenen directen Gegenbeweis verwiesen. Daß er sich dabei auf Verjährung oder usucapio libertatis nicht ausdrücklich berufen habe, giebt er selbst zu, ebenso gewiß ist es aber auch, daß Alles, was er in der Vernehmlassung und der Duplik über das Verhalten des Klägers und dessen Besitzvorgänger anführt, genügendes Material zur Substanziirung einer solchen Einrede nicht liefert.

---

Digitized by Google

## 53.

## Interdictum, ne quid in flumine publico flat. tit. Dig. (43, 13). Bu. 1028/1563.

Das Gut T. wird von einem Bache durchschnitten, welcher die dortige Mühle treibt und in seinem weiteren Verlaufe kurz vor seiner Mündung in einen Landsee die Grenze gegen das Gut B. bildet, dessen Areal, soweit es an den Bach stößt, aus Weidegrund besteht. Die von B. gegen T. im Herbste 1863 erhobene Klage geht davon aus, daß der Bach ein flumen perenne sei, in dessen Wassernutzung die Anlieger sich zu theilen haben. Kläger behauptet, er benutze und bedürfe das Wasser zur Tränkung seines weidenden Viehes. Da nun schon im vorjährigen und mehr noch im letzten Sommer ein sonst nie dagewesener Wassermangel eingetreten sei, so habe er der Ursache dieser auffallenden Erscheinung nachgeforscht und diese in einem vom Beklagten auf dessen Gebiet unterhalb der Mühle angelegten Kanale entdeckt, mittels dessen man beliebig zu jeder Zeit den ganzen Bach aus seinem Bette ableiten könne, da der Kanal etwas tiefer liege, als das Bachbett, mithin alles Wasser aufnehme, wenn die an der oberen Mündung desselben angebrachten Schleußen geöffnet werden. Gebeten wurde, den Beklagten zu verurtheilen, daß er erstens die ganze Vorrichtung zur Ableitung des Wassers wieder fortnehme, und zweitens bei namhafter Strafe jedes ferneren Ablenkens des Wasserstroms sich enthalte.

Der Beklagte bestritt zunächst, daß der Bach ein perennirendes Gewässer sei. Derselbe trockne mitunter ganz aus, so daß die Mühle in Stillstand gerathe. Daher werde sich der vom Beklagten bemerkte Wassermangel erklären. Dann aber sei die beanstandete Vorrichtung (ein Rieselwerk, welches nur zu gewissen Jahreszeiten benützt werde) nicht neu, sondern nur eine Erneuerung und Ausbesserung einer uralten Anlage, die zu gleichem Zwecke gedient habe. Endlich sei es ganz unmöglich,

Digitized by Google

mittels der angelegten Rinne alles Wasser abzuleiten, da dieselbe nicht nur nicht tiefer, sondern einen ganzen Fuß höher liege, als die Sohle des Baches, so daß auch bei offener Schleuße immer 1 Fuß Wasser, wenn überhaupt so viel da sei, im Bache zurückbleiben müsse. Der Kläger, welcher im Uebrigen bei seinen Angaben beharrte, replicirte auf den letzten Einwand, daß derselbe unerheblich sei, denn wenn die behaupteten Niveau-Verhältnisse richtig wären, so würde daraus nur folgen, daß der Bach nicht gehörig aufgeräumt sei, und einen solchen Zustand dürfe der Beklagte ebensowenig wie den normalen benutzen, um den unteren Adjacenten alles Wasser zu entziehen. Thatsache sei, daß durch das Oeffnen der Schleuße das untere Bachbett völlig trocken gelegt werde. Das von einer Juristenfakultät eingeholte erstinstanzliche Erkenntniß wies die erste der beiden oben angeführten Klagbitten als unbegründet ab und forderte rücksichtlich der zweiten vom Kläger den Beweis, daß der Beklagte mittels einer am Bache errichteten Schleuße oder Wasserleitung zeitweise den Bach ganz ablenke.

Beide Theile legten hiergegen Berufung ein und das O.-A.-Gericht erkannte durch Urtheil vom 9. October 1865 auf die Beschwerde des Klägers, daß die Klage auf Wegnahme der Anlage gleichfalls begründet sei und auch für diese der auferlegte Beweis normire; auf die Beschwerde des Beklagten, daß ihm der Beweis seiner Einredebehauptung, die streitige Anlage sei nur die Erneuerung und Ausbesserung einer alten, mittels deren die Benutzung des Bachwassers in der bisherigen Art und dem bisherigen Maße seit unvordenklicher Zeit ausgeübt sei, vorbehalten werde.

Gründe:

1. Daß der fragliche Bach ein perennirendes Gewässer sei im Sinne der l. 1 §. 2 D. de fluminibus (43, 12), ist vom Beklagten zwar bezweifelt, ergiebt sich aber mit Gewißheit aus der von ihm selbst beigebrachten Beschreibung

Digitized by Google

des Baches. Danach hat derselbe eine ansehnliche Länge und einen regelmäßigen Lauf, treibt in T. selbst eine Mühle und wird, wie das Vorhandensein der streitigen Schleuße und anderer Röhrenleitungen beweist, von den Adjacenten zur Bewässerung ihrer Wiesen benutzt. Zum Mühlenbetriebe und zur Wiesenberieselung ist nun aber ein während der trockenen Sommermonate regelmäßig versiegender Gießbach (torrens) ganz ungeeignet, während es andererseits den Begriff des flumen perenne nicht aufhebt, wenn ein sonst stetig fließendes Wasser einmal in Folge außergewöhnlicher Dürre zeitweilig zu fließen aufhört. Ohnehin hat der Beklagte selbst gar nicht einmal behauptet, daß der Bach während der Sommerzeit regelmäßig austrockne; er hat sich vielmehr auf die nach Vorstehendem ganz irrelevante Behauptung beschränkt, der Bach fließe mitunter gar nicht.

2. Das in einem perennirenden Flusse sich fortbewegende Wasser (aqua profluens) rechnet das Römische Recht zu den Sachen, welche jure naturali res omnium communes sind, den Fluß selbst aber, der durch das sich stetig erneuernde Wasser gebildet wird, zu den res publicae, welche im Gemeingebrauch aller Staatsangehörigen stehen,

§§. 1. 2. J. de rerum divisione (2, 1), l. 2 §. 1 D. eod. (1, 8),

weshalb denn auch die perennirenden Gewässer ohne Rücksicht auf die Schiffbarkeit flumina publica heißen.

l. un. §. 2 D. ne quid in flumine (43, 13).

Des fließenden Wassers darf daher Jeder, der ohne Rechtsverletzung dazu gelangen kann, also namentlich jeder Besitzer eines angrenzenden Grundstückes, sich frei bedienen, so weit darin nicht zugleich eine Disposition über den Fluß als solchen, dessen Richtung, Stärke, Gefäll ꝛc. enthalten ist, da dergleichen den Fluß alterirende Verfügungen nur soweit gestattet sind, als dadurch den Accolenten kein Schade geschieht und der Gemeingebrauch nicht gestört wird. Zur

Digitized by Google

Verhütung und Beseitigung der hienach unstatthaften Eingriffe in den natürlichen Lauf eines perennirenden Flusses, wohin namentlich auch die gänzliche Ablenkung des Wasserlaufes von seiner bisherigen Richtung gehört,

l. 1 C. de alluvionibus (7, 41),

dienen den Beeinträchtigten die im tit. Dig. 43, 13 beschriebenen Popularinterdicte.

Vgl. Hesse, Grundzüge des Wasserrechts, in Jhering's Jahrbüchern Bd. VII. S. 179 ff., besonders §. 13 S. 251 ff.

3. In Deutschland sind allerdings bekanntlich von Alters her regelmäßig nur die schiffbaren Ströme, weil sie in ihrer Eigenschaft als öffentliche Wasserstraßen einem allgemeinen, von dem Besitze eines angrenzenden Grundstücks rechtlich unabhängigen Interesse dienen, als öffentliche bezeichnet und angesehen, die übrigen perennirenden Gewässer dagegen als Pertinenzen der umliegenden Grundstücke, mithin als Gegenstände des Privateigenthums aufgefaßt. Nichtsdestoweniger gelten die oben aufgestellten Grundsätze des Römischen Rechts im Wesentlichen noch jetzt gemeinrechtlich für alle flumina perennia. Wenn nämlich die nicht schiffbaren als Privatflüsse hingestellt werden, so ist damit die natürliche Regel, daß das fließende Wasser als solches eine res omnium communis sei, nicht negirt, vielmehr wird als Object des Privateigenthums nur das Flußbett und dessen Ufer gelten können; und ebensowenig wird einem oberen Adjacenten vermöge seines Eigenthums an einem bestimmt begrenzten Stücke des Wasserbettes auch eine so weit gehende Occupationsbefugniß an dem vorbeifließenden Wasser eingeräumt werden können, daß er den Fluß, als solchen, in seinem weiteren Laufe zum Nachtheile Anderer zerstören oder wesentlich ändern dürfte. Die Pertinenzqualität der nicht schiffbaren flumina perennia führt zu solchen von einigen



Digitized by Google

älteren Schriftstellern, denen sich in neuerer Zeit namentlich Gesterding im Archiv für die civilistische Praxis III, S. 60 ff., angeschlossen hat, gezogenen exorbitanten Consequenzen nicht, sondern berechtigt vielmehr zu dem Schlusse, daß die unteren Adjacenten auf die Erhaltung der Integrität des Flusses, als eines einheitlichen Ganzen, ein Recht haben, und so ist denn auch die Ansicht, daß die perennirenden Gewässer der gemeinsamen Benutzung aller Anlieger offenstehen, als die in Theorie und Praxis herrschende zu bezeichnen.

Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts §§. 143, 219,

Bülow und Hagemann, Practische Erörterungen, Bd. 1, Nr. III. S. 53, Nr. IV. S. 60, Bd. 4 Nr. I, S. 7,

Schwab, im Beilageheftе zum Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 30 §. 21 ff.,

Heffe, a. a. O. §. 18 S. 301 ff.,

Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht §. 269 Nr. VI.

Die von Gerber in dessen System des Deutschen Privatrechts §. 61 vertretene, vom Beklagten adoptirte Meinung, wonach nur bleibende Einrichtungen, vermöge deren das Flußwasser fortwährend gänzlich verbraucht wird, dem oberen Adjacenten verboten, ein bloß temporärer Verbrauch des gesammten Wasservorraths mithin gestattet sein soll, hat kein historisches Fundament, und der dafür in Anm. 6 angegebene Rechtsgrund spricht gegen jedes, auch das nur temporäre Aufbrauchen alles Wassers. Der wahre Grund des Verbots liegt in der auch vom deutschrechtlichen Standpunkte aus anzuerkennenden Einheit des Flusses, dessen Bedeutung eben in dem ununterbrochenen Wasserstrome besteht, so daß schon jede Unterbrechung von den Interessenten untersagt werden kann.

4. Hienach hat der Kläger fundatam intentionem, in-

Digitized by Google

dem er behauptet, die vom Beklagten auf seinem Gebiete zur Berieselung seiner Wiesen im Bachufer angelegte Schleuße sei geeignet und werde dazu verwandt, das ganze Bachwasser dergestalt abzuleiten, daß der untere Theil des Bettes, welcher an eine zum Gute des Klägers gehörende und bis an den See reichende Weidefläche grenzt, durch das Oeffnen der Schleuße völlig trocken gelegt werde. Auch fehlt es ihm nicht an einem zur Herstellung seiner Activlegitimation genügenden Intereſſe, da ihm der Bach als Viehtränke dient. Ob (wie der vorige Richter angenommen hat) die am 2. October 1863 erhobene Klage, als interdictum ne quid in flumine publico fiat etc., verjährt sein würde, weil nach des Klägers eigener Angabe das gegneriſche Rieſelwerk mit dem angeführten Erfolge nicht bloß im letzten, sondern auch im vorletzten Sommer vor Anstellung der Klage benutzt worden ist, kann ununterſucht bleiben, da Beklagter aus jenem Umstande eine Einrede nicht entnommen hat und die Gründe, welche gegen eine officielle Berückſichtigung der Klagverjährung ſprechen,

Unterholzner, Verjährung, Bd. I. §. 138 S. 494 der Schirmer'ſchen Ausgabe,

ganz beſonders bei der Annalverjährung in's Gewicht fallen.

5. Der dem Kläger im vorigen Urtheile auferlegte Beweis entſpricht der beſtrittenen, relevanten Klagbehauptung, und ist in seiner Faſſung für den Beklagten nicht beſchwerend. Durch die Worte: „vermittels einer am fraglichen Bache errichteten Schleuße oder Waſſerleitung", ist beſtimmt hervorgehoben, daß es dem Kläger obliege darzuthun, das in den Jahren $18^{62}/_{63}$ angeblich beobachtete und gleichfalls nachzuweiſende gänzliche Austrocknen seines Bachantheils stehe mit dem Offenhalten der gegneriſchen Schleuße in einem urſächlichen Zuſammenhange. Demnach bleibt es dem Beklagten unbenommen, jene Erſcheinung im Wege des



Digitized by Google

ihm vorbehaltenen directen Gegenbeweises auf andere Ursachen zurückzuführen, und dies würde nun allerdings nicht wirksamer und schlagender geschehen können, als durch den Nachweis, daß es nach der Construction der Schleuße physisch unmöglich sei, durch Oeffnen derselben den ganzen Bach abzulenken. Gleichwohl ist es für den Beklagten nicht gravirend, daß ihm der Beweis seiner dahin zielenden Behauptung nicht nur nicht ausdrücklich freigelassen, sondern nach Ausweis der Entscheidungsgründe versagt sein soll. Diese seine Behauptung stützt sich auf die von einem Techniker verfertigte Zeichnung und Beschreibung des Baches, und kann danach freilich schlechterdings nicht so verstanden werden, als ob die Schleußenrinne 1 Fuß über einer bloß supponirten normalen Bachsohle liege, während der Wasserstand selbst an der Mündung der Rinne durch Versanden sich so verflacht haben möchte, daß dieselbe in oder gar unter dem Niveau des actuellen Wasserbettes sich befände. Nach der ganz klaren Darstellung des Befundes liegt die Rinne 1 Fuß höher, als der an ihrer Mündung wirklich vorhandene Wassergrund, und nimmt daher erst dann überhaupt Wasser auf, wenn dasselbe im Bache über 1 Fuß hoch steht. Allein der Befund des adhibirten Technikers hat zugleich ergeben, daß die derzeit vorhandene Grundfläche des Baches keine geneigte Ebene bildet, der Wasserstand vielmehr an der Mündung der Schleußenrinne erheblich höher ist, als an den oberhalb und unterhalb untersuchten Stellen, und zwar dergestalt, daß jene Rinne 5 Zoll tiefer liegt, als die Bachsohle unterhalb der Schleuße, woraus von selbst folgt, daß deren Oeffnen den unteren Theil des Baches trocken legen wird, wenngleich vor der Mündung 1 Fuß stagnirenden Wassers übrig bleibt. Ob das Bachbett, wie es jetzt ist, als das normale anzusehen sei, kann im vorliegenden Rechtsstreite ebensowenig ausgemacht werden, wie die eventuelle

Digitized by Google

weitere Frage, ob und in welcher Weise der Beklagte zur Herstellung eines normalen Bachbettes mitzuwirken haben würde.

6. Daß ein einzelner Adjacent auf Grund eines speciellen Titels ein über das Verhältniß der ursprünglichen Gleichberechtigung Aller hinausgehendes Maß der Wassernutzung anzusprechen haben könne, ist nicht zweifelhaft; insbesondere ist es anerkannten Rechtens, daß ein unvordenklicher Besitzstand den Nachweis der rechtmäßigen Entstehung eines solchen erweiterten Nutzungsrechtes ersetze. Der Beklagte hat nun bestimmt behauptet, seine Rieselwerke seien kein novum opus, sondern nur eine Erneuerung und Ausbesserung einer alten Anlage, mittels deren von Alters her das Wasser in der bisherigen Art und dem bisherigen Maße benutzt sei. Zwar geht er dabei von der oben bereits widerlegten Ansicht aus, daß diese wesentlich unverändert gebliebene Vorrichtung ganz ungeeignet sei, alles Bachwasser vollständig abzulenken; aber von dieser unrichtigen Ansicht ist doch die ganz bestimmte Behauptung, daß die Anlage seit undenklicher Zeit bestehe, durchaus unabhängig, und es gereicht daher dem Beklagten zur Beschwerde, daß dieselbe nicht zum Beweise verstellt ist.

7. Der Kläger beschwert sich mit Recht darüber, daß seine Klage auf Wegnahme der am fraglichen Bache errichteten Schleuße oder Wasserleitung verworfen ist. Wenn zur Rechtfertigung dieses Ausspruches in den Entscheidungsgründen gesagt wird, daß die libellirte Rechtsverletzung nicht schon durch die Existenz der Schleuße, sondern erst durch deren Benutzung bewirkt werde, so ist es zwar im Allgemeinen richtig, daß wegen einer einmal begangenen Rechtswidrigkeit mit dem Verbote der Wiederholung nicht ohne Weiteres eine Entziehung aller zur Uebertretung des Verbots dienlichen oder bereits gebrauchten Mittel verbunden

Digitized by Google

werden darf; allein dieser Grundsatz ist doch dann nicht anwendlich, wenn, wie hier, eine Anlage vorliegt, welche nur zu einem bestimmten rechtswidrigen Zwecke gemacht und zu gar nichts Anderem brauchbar ist. Es muß daher von dem in der sententia a qua dem Kläger auferlegten Beweise auch die Klage auf Wegnahme der Schleuße abhängig gemacht werden.

Das vom Beklagten weiter zur Hand genommene Rechtsmittel der Restitution führte zunächst zur Einholung eines Facultätserachtens, welches vorschlug, dem Beklagten neben dem ihm schon freigelassenen auch noch den Einredebeweis zu gestatten: „daß die von dem Kläger behauptete gänzliche Wasserentziehung durch die Versandung und Erhöhung der Bachsohle unterhalb der fraglichen Schleußenvorrichtung herbeigeführt worden sei". Das O.-A.-Gericht ging hierauf jedoch nicht ein, sondern bestätigte sein angefochtenes Urtheil durch die Finalsentenz vom 21. Juni 1866 auf Grund folgender Ausführung, aus welcher sich zugleich die Motive der abweichenden Facultätsansicht ergeben.

Es fragt sich jetzt nur noch — und darauf richtet sich auch die Untersuchung des eingeholten Erachtens —, ob die vom Kläger als angestellt anzusehende Klage so beschaffen ist, daß mittels derselben, falls deren thatsächliche Voraussetzungen erwiesen werden, nicht bloß die Schließung der Schleuße, sondern auch deren Wegnahme gefordert werden kann, ohne Rücksicht darauf, daß etwa die gegenwärtige Beschaffenheit des unteren Bachbetts nicht als eine normale zu betrachten sein sollte, so daß ein Verlangen des Beklagten an den Kläger, zur Herstellung eiaes solchen normalen Zustandes demnächst mitzuwirken, gerechtfertigt sein würde.

Die sententia contra quam hat nun die angestellte Klage als das Interdictum ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit, des tit. Dig.

Digitized by Google

XLIII. 13 in seiner restitutorischen, l. 1 §§. 11—13 eod. dargestellten Bedeutung benommen, und das eingeholte Erachten giebt zu, daß, wenn diese Klage als zutreffend anzusehen wäre, die Wegnahme der Schleuße schlechthin ohne Rücksicht darauf verlangt werden könne, ob die Beschaffenheit des unteren Bachbetts im Augenblick der Anlage der Schleuße eine normale war oder nicht. Allein es ist der Meinung, daß dieses Interdict im vorliegenden Falle nicht mehr anwendbar gewesen sei, nicht wegen eingetretener Annal-Verjährung, die richtiger Ansicht nach überhaupt nur bei einigen wenigen Interdicten und bei denjenigen, die mit dem privaten zugleich das öffentliche Interesse verfolgen, überall nicht stattfindet,

L. 2 §. 44, D. ne quid in loco publ. (43, 8),

Schmidt, das Interdicten-Verfahren der Römer S. 116 ff.,

Bethmann-Hollweg, der Römische Civil-Proceß Bd. II. S. 380 f.,

sondern „weil das vom Prätor ausdrücklich geforderte Klag„fundament: aliter aqua fluat, quam priore aestate, hinweg„gefallen sei, wenn, wie hier, die Anstellung dieser (im Titel „D. [43, 13] behandelten) Interdicte bis in den zweiten „Winter verschoben sei".

Dagegen nimmt es an, daß das in l. 1 §. 12 D. de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur (43, 12) erwähnte, auf Labeos' Autorität hin eingeführte Interdictum utile, wodurch das zum Schutz der Schifffahrt bestimmte Interdict auch auf nicht schiffbare Flüsse zum Schutze der Anlieger gegen sie benachtheiligende Anlagen ausgedehnt ist, welches nicht an eine solche zeitliche Beschränkung gebunden sei, hier zutreffe, schreibt diesem aber insofern eine beschränktere Wirksamkeit zu, als bei ihm die Restitution des Zustandes vor der fraglichen Anlage nur „viri boni arbitratu" zu geschehen habe, das danach dem

Digitized by Google

Richter eingeräumte billige Ermessen, welches, wie in weiterer Ausführung entwickelt wird, bei allen Streitigkeiten über Wasserlauf und Wassergebrauch maßgebend sei, aber dahin führen müsse, gesammte einschlagende Verhältnisse abzuwägen, und, wenn sich danach zeige, daß der vorhandene Zustand des Flußbetts ein anormaler sei, dessen Abänderung jedoch durch Klagen auf Wiederherstellung des normalen Zustandes in einer die Schädlichkeit der gemachten Anlage aufhebenden Weise beseitigt werden könne, dahin führe, dem Beklagten nur den einstweiligen Nichtgebrauch seiner Anlage, hier der fraglichen Schleuße, nicht aber deren gänzliche Beseitigung aufzuerlegen, daher zu diesem Effect dem Beklagten gegen den vom Kläger zu führenden Beweis noch ein indirecter Gegenbeweis dahin nachgelassen werden soll, „daß „die vom Kläger behauptete gänzliche Wasserentziehung durch „die Versandung und Erhöhung der Bachsohle unter der „fraglichen Schleußenvorrichtung herbeigeführt sei".

Allein diesen Ansichten und Ausführungen kann nicht beigestimmt werden.

Zwar ist es richtig, daß die Interdicta des Titels Dig. XLIII., 13, l. 1 pr. und §. 11 „ne quid in flumine publico etc." und „quod in flumine publico etc." als Interdicta in praeteritum concepta — vgl. Schmidt, das Interdictenverfahren S. 76 ff. — so lange noch der alte Römische Formularproceß bestand „und durch die Ankündigung des In„terdicts im Edicte des Prätors nur in thesi ein Recht des „Klägers, also auch eine Verpflichtung des Beklagten aner„kannt war, diese Verheißung aber der Erfüllung im ein„zelnen Falle durch eine Jurisdictionshandlung des Prätors „bedurfte, nämlich den Erlaß des Interdicts, und erst durch diesen eine wirkliche obligatio des Beklagten begründet ward", vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 362 f. dieser vom Prätor erst zu erwirkende Befehl auf Be-

Digitized by Google

seitigung der widerrechtlich den Flußlauf verändernden Anlage nach der demselben durch das Edict im Voraus gegebenen Fassung und in Verbindung mit der nach l. 1 §. 8 D. eod. dieser gegebenen Deutung nur dann überall Wirksamkeit äußern konnte, wenn nicht schon seit der Errichtung der fraglichen Anlage zwei Sommer verstrichen waren.

Allein seitdem mit dem Verschwinden des alten Formularprocesses diese eigenthümliche Einleitung des Interdictenverfahrens wegfiel und folgeweise die im edictum perpetuum enthaltene Verheißung eines Interdicts für bestimmte Fälle, vollends durch deren Aufnahme in die Justinianische Gesetzgebung, die Bedeutung eines einfachen gesetzlichen Verbots oder Gebots angenommen hat, dessen Verletzung ohne Weiteres eine gewöhnliche Klage für Denjenigen erzeugt, der dadurch in seinen Rechten gekränkt ist,

vgl. Schmidt, das Interdictenverfahren, S. 319, insbes. S. 328 ff.,

hat sich dies nothwendig geändert, insofern als nunmehr nicht nur die Unterscheidung des in der l. 1 pr. und l. 1 §. 11 D. ne quid in flum. (43, 13) aufgestellten prohibitorischen und restitutorischen Interdicts alle wesentliche Bedeutung verloren hat, indem auch das prohibitorische Interdict seiner Wirksamkeit nach zu einem restitutorischen geworden ist, sondern auch das in den bezüglichen Edictsworten enthaltene Verbot oder Gebot seiner wörtlichen Fassung nach nur dahin verstanden werden kann, daß Derjenige, welcher durch seine Anlage den Lauf des Flusses auf eine dem klagenden Flußanlieger nachtheilige Art geändert hat, denjenigen Zustand wiederherzustellen hat, der in dem der Anlage vorausgegangenen letzten oder vorletzten Sommer bestand, während im Uebrigen für die hierauf begründete Klage die gewöhnliche Verjährungszeit gilt. So wird daher auch die Be-

Digitized by Google

deutung und Wirksamkeit dieser Interdicte von Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II., S. 193 f., und Göschen, Gem. Civilrecht §. 635, IV. B., aufgefaßt und bestimmt.

Stand also hienach der Annahme der sententia contra quam, daß hier das interdictum ne quid in flumine etc. als angestellt und anwendbar anzusehen sei und der Ziehung der daraus sich zu Gunsten des Klägers ergebenden Consequenzen nichts entgegen, so läßt sich auch nicht einmal zugeben, daß unter der Voraussetzung, daß hier das interdictum utile de fluminibus aus l. 1 §. 12 D. de fluminib. (43. 12) allein als zutreffend anzusehen sei, anders, wie geschehen zu erkennen gewesen wäre, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob dieses Interdict nicht überhaupt bloß das noch unentwickelte interdictum ne quid in flumine ist, wie schon Retes, De interdictis, Pars V., II., in Meermann Thesaurus Tom. VII. p. 529 angedeutet hat, und neben dem in seinen Voraussetzungen völlig genau bestimmten letzteren Interdicte überall noch eine selbständige Bedeutung zu behaupten vermag. Denn die Billigkeit scheint doch jedenfalls mehr dafür zu sprechen, daß bei der Frage von der Zulässigkeit einer neuen Anlage, die Jemand in einem Flusse machen will oder gemacht hat, eher die gegenwärtige Beschaffenheit des Flußbettes und des Flußlaufes in Beziehung auf deren Schädlichkeit für andere Flußanlieger und die daraus denselben fortwährend drohende Gefahr berücksichtigt, als ein idealer Zustand in's Auge gefaßt wird, hinsichtlich dessen es zweifelhaft bleibt, ob er jemals herbeigeführt werden kann und herbeigeführt werden wird. Auch hieße es in der That dem Richter zu viel zumuthen und würde dessen Kräfte völlig übersteigen, wenn er bei seinen Entscheidungen über derartige Streitigkeiten, statt sich dabei an die actuell vorhandenen Zustände zu halten und danach seinen Spruch zu fällen, auf alle solche unbestimmte Eventualitäten sein Augen-

Digitized by Google

merk richten müßte, und ließe sich bei näherem Eingehen auf die Erörterungen, welche das eingeholte Erachten nach dieser Seite hin angestellt hat, wenn es dessen noch bedürfte, mit Leichtigkeit zeigen, daß es in den Folgerungen, die es in dieser Richtung aus den hiefür angeführten Stellen des Römischen Rechts gezogen hat, viel zu weit gegangen ist.

Demnach muß es dabei verbleiben, daß wenn der Kläger den ihm durch die sententia I. auferlegten Beweis erbringt, ohne daß der Beklagte den durch die sententia II. ihm freigelassenen Einredenbeweis zu führen im Stande ist, Beklagter zur Wegnahme der Schleuße und Wiederherstellung des früheren Zustandes vor deren Errichtung gehalten ist, auf die angeblich anormale Beschaffenheit des Bachbetts unterhalb der Schleuße aber zu dem Effect der Beibehaltung der Schleußenvorrichtung als solcher sich um so weniger berufen kann, als unbestrittenermaßen jener Zustand des Bachbetts bereits vor Errichtung dieser Schleuße längst bestanden hat und die Beibehaltung der Schleußenvorrichtung als solcher, wenn sie, wie nach den eigenen Ausführungen des Beklagten kaum zu bezweifeln, bei dem jetzigen Zustande der Dinge völlig geeignet ist, das gesammte Bachwasser dem unteren Theile des Baches zu entziehen, eine beständige Bedrohung für den Kläger sein würde.

Digitized by Google

# D. Familien- und Erbrecht.

## 54.

### Ueber den Einfluß einer Verlegung des Domicils auf das nicht conventionelle Güterverhältniß unter Ehegatten. Pi. 618/1870.

Vgl. Bd. 3 Nr. 41.

Die P.'schen Eheleute hatten seit ihrer Verheirathung an verschiedenen Orten, in welchen Gütergemeinschaft gilt, zuletzt in Hamburg, gewohnt. Sie waren während dieser Zeit in ihren Vermögensverhältnissen zurückgekommen. Nachdem der Ehemann jedoch durch Erbschaft einiges Vermögen erlangt hatte, kaufte er in Mecklenburg eine Erbzinsstelle und zog mit seiner Ehefrau dahin, gerieth indessen, nachdem er hier einige Zeit gewohnt hatte, in Vermögensverfall, so daß schließlich Concurs ausbrach. In diesem Concurse nahm die Ehefrau für das von ihr in die Ehe inferirte Vermögen die Dotalprivilegien in Anspruch. Der Curator bonorum wandte dagegen ein, daß, da an dem Orte, wo der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe sein Domicil gehabt, Gütergemeinschaft gelte, das von ihr eingebrachte Vermögen dem Manne nicht als dos inferirt, sondern als Theil des gemeinschaftlichen Vermögens zugebracht und als solcher mitverbraucht sei. Die spätere Verlegung des Domicils nach einem Orte, wo gemeines Recht gelte, bewirke zwar, daß von dem Zeitpunkte der Domicilsverlegung an dieses an die Stelle des bisherigen Güterrechts trete, könne aber die rechtliche Bedeutung und die Wirkungen der unter der Herrschaft des letzteren geschehenen Handlungen und Thatsachen nicht aufheben.

Das O.-A.-Gericht verwarf jedoch durch Erkenntniß vom 13. Februar 1871 diese Einwendungen und stellte das in zweiter Instanz aufgehobene erste Urtheil wieder her.

Digitized by Google

Gründe:

Das durch die Ehe zwischen den Ehegatten begründete Rechtsverhältniß wird nicht durch die Gesetze des Ortes, an welchem die Ehe geschlossen ist oder an welchem der Ehemann beim Beginne der Ehe sein Domicil hatte, bestimmt, sondern ist, wenn die Eheleute ihr Domicil ändern, nach den Gesetzen des jeweiligen Wohnortes zu beurtheilen, und gilt dies nicht bloß hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten zu einander, sondern auch für ihre güterrechtlichen Verhältnisse, weil diese, soweit sie nicht durch besondere Verträge festgestellt werden, nur als eine durch die Gesetze bestimmte Rechtsfolge der Ehe und des durch diese begründeten persönlichen Verhältnisses der Ehegatten zu einander zu betrachten sind. — Mit der Verlegung des Domicils nach einem Orte, wo gemeines Recht gilt, hört folglich die Anwendlichkeit der an dem bisherigen Wohnorte geltenden statutarischen Normen auf, und die Frage, welche Rechte die Ehefrau hinsichtlich des von ihr inferirten Vermögens hat, ist lediglich nach gemeinem Rechte zu beurtheilen. Allerdings können durch einen Domicilwechsel bereits erworbene Rechte nicht aufgehoben werden, und die Rechte, welche dritte Personen in Folge der an dem früheren Wohnorte geltenden Gesetze an dem Vermögen der Ehefrau erworben haben, bleiben daher auch bei Bestand. — In dem Verhältnisse der Ehegatten zu einander kann jedoch von solchen, durch die Gütergemeinschaft bereits erworbenen Rechten nicht die Rede sein. Auch bei der Gütergemeinschaft nämlich hat die Ehefrau nicht das Recht, während der Ehe zu einem ihr convenirenden Zeitpunkte die Auskehrung des ihr gebührenden Antheils zu begehren; vielmehr bleibt das gemeinsame Vermögen während der Dauer der Ehe ungetheilt, und die Wirkung der Gütergemeinschaft besteht in dieser Beziehung nur darin, daß das bei Auflösung der Ehe

Digitized by Google

vorhandene Vermögen in der durch die betreffenden Statuten vorgeschriebenen Weise getheilt wird. — Bei einer vor Auflösung der Ehe eintretenden Domicilveränderung ist nicht nur der Zeitpunkt, wo die Ehefrau die Auskehrung ihres Antheils begehren könnte, noch nicht gekommen, sondern es läßt sich die Größe ihres Anspruchs auch nicht einmal ermitteln, weil diese eben durch den noch völlig ungewissen Bestand des bei Auflösung der Ehe vorhandenen Vermögens bedingt ist. Ebensowenig kann dem Domicilwechsel die Wirkung beigelegt werden, daß das derzeit vorhandene Vermögen getheilt wird, da derselbe einer Auflösung der Ehe nicht gleichsteht; und es ist daher, wenn an dem neuen Wohnorte der Ehegatten das gemeine Recht gilt, ohne Rücksicht auf die Vermehrung oder Verminderung des bis dahin unter der Verwaltung des Ehemannes befindlich gewesenen Vermögens beider Ehegatten, für die Beurtheilung der der Ehefrau an dem Vermögen ihres Ehemannes zustehenden Rechte einfach von dem hier geltenden gemeinen Rechte auszugehen, folglich, wenn sie dem Manne Vermögen zugebracht hat, dies nach den für die dos geltenden Grundsätzen zu behandeln.

---

## 55.

**Haftung des Frauengutes für des Mannes Schulden nach Rostocker Rechte.** Ge. 578/1870.

Der Kaufmann C. hatte sein Geschäft nebst Firma mit der Ladeneinrichtung und den vorhandenenen Waarenvorräthen dem G. durch Vertrag vom 17. Februar 1865 käuflich überlassen. Auf den Preis wurden demnächst der Abrede gemäß 5000 Thlr. bezahlt, der Rest sollte erst aus einer nach vereinbarten Grund-

Digitized by Google

sätzen vorzunehmenden Liquidation berechnet werden, und wurde nach deren Ergebnissen durch eine Agnitionsacte und Schuldverschreibung vom 30. Juni 1865 zu 6940 Thlr. bestimmt. Der bei weitem größte Theil dieser Schuld war noch unabgetragen, als G. im April 1867 in Concurs gerieth. Seine Ehefrau, mit der er sich am 5. Mai 1865 verheirathet und sodann bis zu der am 7. August 1866 durch Vertrag erfolgten Aufhebung der „Gütergemeinschaft" in dem statutarischen Güterverhältnisse des Rostocker Rechts gestanden hatte, meldete im Concurse eine baare Dotalforderung von 7000 Thlr. an und wurde fast vollständig befriedigt, während C. mit seinem liquidirten Anspruche auf den Kaufgeldsrückstand ausfiel. Dieser Gläubiger wollte sich nun an das Dotalcapital halten und verlangte, daß ihm davon der zu seiner Deckung erforderliche Betrag überwiesen werde, da das bis zur Aufhebung der Gütergemeinschaft inferirte Frauengut für des Mannes Schulden hafte. Das Concursgericht lehnte diesen Antrag ab auf den begründet befundenen Einwand der Frau, daß die Forderung des C. eine voreheliche Schuld ihres Mannes darstelle, für welche das Frauengut nicht hafte.

Der bestätigende Bescheid des O.-A.-Gerichts vom 24. März 1870 beruht auf folgenden Gründen:

> Der Anspruch des Appellanten gründet sich principaliter auf die in den §§. 19 ff. der Verordnung des hiesigen Magistrats vom 2. September 1822 enthaltenen statutarischen Vorschriften über die Haftung des Frauengutes für die Schulden des in Concurs gerathenen Ehemannes. Es ist nun zwar in Anwendung dieser Vorschriften auf den vorliegenden Fall streitlos, daß die Forderung, für welche gegenwärtig im Frauengute subsidiäre Deckung gesucht wird, bereits vor Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft bestanden hat, und daß auch die in Anspruch genommenen Deckungsmittel ebenfalls vor jenem Zeitpunkte von der Appellatin ihrem Ehemanne zugebracht waren; allein der

Digitized by Google

§. 20 der citirten Verordnung beschränkt nach dem Vorgange des Stadtrechtes Art. 8, I. 5 die nunmehr auch für unbeerbte Ehen eingeführte Haftung ganz ausdrücklich auf die während der Ehe contrahirten Schulden des Mannes. An dieser Voraussetzung fehlte es hier, da das in Rede stehende Liquidat, wie schon in den Entscheidungsgründen zu dem angefochtenen Bescheide zutreffend bemerkt worden, zu den vorehelichen Schulden des Cridars gerechnet werden muß. Der zur Begründung desselben beigebrachte Schuldschein ist freilich am 30. Juni 1865, also nach Eingehung der im Mai desselben Jahres von der Appellatin mit dem Cridar geschlossenen Ehe, ausgestellt worden; diese Urkunde bezieht sich aber nicht auf eine, erst am Tage ihrer Ausstellung neu entstandene Obligation, sondern enthält nur die mit einem Leistungsversprechen und einer Pfandverschreibung verbundene Anerkennung einer älteren Schuld, herrührend aus einem Vertrage vom 17. Februar 1865, durch welchen Appellant das von ihm betriebene Geschäft nebst den vorhandenen Waaren und der Geschäftseinrichtung dem Cridar verkauft hatte. Daß dabei schon ein bündiger Kaufcontract zu Stande gekommen ist, unterliegt keinem Zweifel, denn wenngleich der Preis nicht sofort der Summe nach festgesetzt wurde, so war derselbe doch in einer zur Perfection des Handels genügend bestimmten Weise fixirt, da die als Preis zu zahlende Summe nicht etwa durch eine weitere freie Vereinbarung der Paciscenten erst festgesetzt, sondern nur durch eine nach vereinbarten Grundsätzen zuzulegende Liquidation berechnet und ermittelt werden sollte. Es war ausgemacht, daß schon vorher 5000 Thlr. in drei verschiedenen Raten zu zahlen seien, und sodann nach beschaffter Liquidation der Käufer über den danach sich ergebenden Restbetrag einen Schuldschein auszustellen habe, in welchem die Schuldsumme, die Zahlungszeit und der Zinsfuß anzugeben sei. Dieser Verabredung

Digitized by Google

entspricht die vorliegende Urkunde vom 30. Juni, wie in deren Eingange ausdrücklich hervorgehoben ist. Danach ist völlig klar, daß schon am 17. Februar ein für beide Contrahenten bindender, perfecter Kaufvertrag zu Stande gekommen war, auf Grund dessen der Cridar den durch die vorbehaltene Liquidation zu ermittelnden Preis ex emto schuldete, und daß Appellant diesen Preis, soweit derselbe nicht sofort bei Abschluß des Contracts baar entrichtet wurde, dem Käufer creditirt hatte, ehe Letzterer die Appellatin heirathete. War aber die Schuld bereits vor der Ehe begründet, so konnte dieselbe in eine erst während der Ehe contrahirte nicht dadurch verwandelt werden, daß der Schuldner nach seiner Verheirathung ein mit einem wiederholten Leistungsversprechen verbundenes Schuldbekenntniß ablegte. Wenn er sich damit auf's Neue verpflichtete oder mindestens seinem Gläubiger ein neues, den Beweis des ursprünglichen Schuldgrundes entbehrlich machendes Klagfundament verschaffte, so blieb doch dieser Rechtsact für die dabei unbetheiligte Ehefrau wirkungslos und war namentlich ungeeignet, die von dem einseitigen Belieben des Ehemannes unabhängigen statutarischen Bestimmungen über die Haftung ihres inferirten Vermögens zu ihrem Nachtheile zu ändern.

Eventuell gründet Appellant seinen in Rede stehenden Anspruch darauf, daß der Cridar in der mehrerwähnten Acte vom 30. Juni 1865 für die dort anerkannte Kaufgeldschuld „sein gesammtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen" verpfändet hat. Es mag nun immerhin zuzugeben sein, daß eine während bestehender Gütergemeinschaft in dieser Form bestellte Generalhypothek nach der Intention des Verpfänders nicht bloß dessen eigenes Vermögen, sondern auch das in seiner Verfügungsgewalt stehende Frauengut ergreifen solle, auch ist dem Ehemanne das Recht nicht abzusprechen, die seiner Veräußerungsbefugniß unterworfenen



Digitized by Google

Objecte des Frauengutes, also die dazu gehörige fahrende Habe, ohne Zuthun seiner Ehefrau gültig zu verpfänden; allein ein solches Pfandrecht kann in einem nach Aufhebung der Gütergemeinschaft über das Vermögen des Ehemannes ausbrechenden Concurse nicht sich wirksam erweisen, weil dasselbe durch die Dotalprivilegien, welche das hiesige Statutarrecht der Illatenforderung der Ehefrau beilegt, paralysirt wird. Dieser Forderung weist die Verordnung vom 2. September 1822 §§. 4, 5, einen Platz in der zweiten Klasse der Concursgläubiger an und giebt ihr damit den Rang vor den nach §. 27 zur dritten Klasse gehörenden nicht privilegirten Hypotheken, mithin auch vor den vom Manne bestellten Pfandrechten. Daraus folgt dann aber auch weiter, daß die noch vorhandenen Dotalsachen, derentwegen der §. 19 die gemeinrechtliche Vindicationsbefugniß der Ehefrau ausdrücklich anerkennt, frei von diesen Pfandrechten zurückzugeben sind. Dies ist die unabweisliche Consequenz des Satzes, daß die Frau sogar mit ihrer Ersatzforderung für die während der Dauer der Gütergemeinschaft vom Manne veräußerten und durch seine Schuld abhanden gekommenen Vermögensobjecte seinen nicht privilegirten Pfandgläubigern unbedingt vorgeht.

---

## 56.

**Veräußerungsbefugniß des Ehemannes rücksichtlich des von ihm verwalteten Paraphernalguts der Frau.** Pi. $47/_{1863}$ Str.

In dem oben S. 196 bereits erwähnten Rechtsfalle hatte die Beklagte zur Begründung ihrer exceptio rei venditae et traditae sich darauf berufen, daß der verstorbene Ehemann auch als

Digitized by Google

Verwalter des Paraphernalguts der Klägerin, ganz abgesehen von der durch diese selbst vollzogenen Blancocession zur Veräußerung des Hypothekenscheins befugt gewesen sei. Das O.-A.-Gericht wies diesen Einwand in dem Erkenntnisse vom 7. Mai 1864 aus folgenden Gründen zurück:

Die Beklagte, welche den fraglichen Hypothekenschein von dem Ehemanne der Klägerin käuflich erworben und überliefert erhalten haben will, hat sich nun zur Begründung dieser ihrer Einrede zuvörderst darauf berufen, daß der verstorbene Ehemann der Klägerin Verwalter des derselben zuständigen Paraphernalvermögens, zu welchem auch dieser Hypothekenschein gehört habe, und schon als solcher zu dessen Veräußerung befugt gewesen sei. Wenn aber auch hierin allerdings mit hinreichender Bestimmtheit die Behauptung gefunden werden kann, daß der Ehemann der Klägerin die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens von derselben eingeräumt erhalten habe, so ist doch die Folgerung, welche die Beklagte daraus hinsichtlich der dem Ehemanne zuständig gewesenen freien Veräußerungsbefugniß ziehen will, nicht begründet. Denn schon an sich schließt die Befugniß zur Vermögensverwaltung, wie auch die l. 63 D. de procuratoribus (3. 3) zeigt, die Befugniß zur Veräußerung nur soweit in sich, als die Veräußerung der betreffenden Gegenstände durch Gründe einer verständigen Verwaltung selbst gefordert ist. Wie sehr aber unser Recht geneigt ist, die dem Manne von der Frau anvertraute Verwaltung der Paraphernalgüter gerade auf den Zweck der Obhut und Erhaltung des Paraphernalvermögens selbst zum Besten der Frau zu beschränken, zeigen deutlich die in dieser Beziehung aufgestellten Bestimmungen der l. 9 §. 3 D. de jure dotium (23, 3) und der l. 11 C. de pactis conventis (5, 14), und daß durch Rücksichten einer zweckmäßigen Verwaltung hier die Veräußerung des fraglichen Hypothekenscheins geboten und veranlaßt



Digitized by Google

worden sei, ist durch die Beklagte nicht entfernt angedeutet worden.

---

## 57.

**Gültigkeit der von dem Vater einem in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Kinde gemachten Schenkungen.** Bo. $1222/_{1870}$.

Ueber diese Frage sprach sich das O.-A.-Gericht durch Erkenntniß vom 9. Mai 1870 folgendermaßen aus:

Allerdings steht nach heutigem Rechte die väterliche Gewalt dem Abschluß bindender Verträge zwischen dem Vater und dem in seiner Gewalt befindlichen Kinde nicht entgegen, und muß daher auch die rechtliche Möglichkeit einer vom Vater dem Kinde gemachten Schenkung zugestanden werden. Als Regel aber muß festgehalten werden, daß das vom Vater dem Kinde Gegebene ein peculium profecticium bildet und nach den für dieses geltenden Vorschriften zu beurtheilen ist, so lange nicht die entgegengesetzte Absicht des Vaters bestimmt hervortritt. — Dies ist allerdings bei Schenkungen anzunehmen, welche der Vater im Hinblick auf ein bevorstehendes Ausscheiden des Kindes aus der väterlichen Gewalt, also zur Begründung einer eigenen Wirthschaft oder zur Abschichtung macht. Der Umstand, daß der geschenkte Gegenstand vorzugsweise oder ausschließlich zum Gebrauche des Kindes bestimmt ist, reicht dazu aber nicht aus, weil dieser Zweck ebensogut durch Hingabe der Sache zum peculium profecticium erreicht wird.

---

Digitized by Google

## 58.

**Zur Peculienlehre. Haftung der Mitglieder des obervormundschaftlichen Gerichts für das Mündelgut.** Oe. $40/_{1868}$ Str.

Der Schuhmachermeister M. in S. war von seinem bereits selbständigen Sohne auf Herausgabe des mütterlichen Erbes belangt und hatte sich mit demselben dahin verglichen, daß er als Abfindung 150 Thlr. zahlte. Von dieser Summe sollte der Sohn lebenslang die Zinsen genießen, das Capital selbst aber sollte dessen Kindern reservirt bleiben und deshalb von einem gerichtlich zu bestellenden Specialcurator verwaltet werden. Der Vergleich kam zur Ausführung. In einem zu dem Zwecke angesetzten gerichtlichen Termine nahm der auf Vorschlag des Sohnes für dessen Kinder ernannte Curator das Geld für seine Curanden von deren Großvater entgegen und berichtete später an die Obervormundschaft, daß er das Geld bei sich selbst belegt habe und dem Vater seiner Curanden jährlich verzinse. Nachdem dies Verhältniß eine geraume Zeit bestanden hatte, gerieth der Curator in Concurs, die nur durch eine Generalhypothek gesicherte Darlehnsforderung fiel aus und die Curanden verlangten deshalb nach erreichter Volljährigkeit Ersatz vom obervormundschaftlichen Gerichte.

Der in dieser Sache ergangene Bescheid des O.-A.-Gerichts vom 4. April 1868 enthält folgende Ausführung;

> Beide bisher gesprochene Erkenntnisse beruhen auf der richtigen Voraussetzung, daß das Capital von 150 Thlr., welches der väterliche Großvater der Curanden zur Abfindung seines Sohnes von dessen elterlichem Vermögen in Gemäßheit des gerichtlich proponirten Vergleiches gezahlt hat, in das Vermögen der Enkel des Promittenten gekommen und von deren Vormund nicht im Namen und Auftrage des Vaters, sondern als ein wahres Mündelgut unter obervor-

Digitized by Google

mundschaftlicher Controle verwaltet worden ist. Bei der unklaren Fassung der erwähnten, von beiden Transigenten angenommenen Vergleichsproposition läßt sich allerdings nicht mit der erforderlichen Sicherheit erkennen, daß es von vornherein die Absicht gewesen sei, die vom Großvater zu zahlende Abfindungssumme solle sogleich und unmittelbar an die Enkel fallen und dem Sohne nur der lebenslängliche Nießbrauch reservirt bleiben; so viel ist wenigstens gewiß, daß der Sohn selbst demnächst den Vergleich in diesem Sinne zur Ausführung gebracht hat. An dem Termine, in welchem das Geld zur Auszahlung kam, hat er sich nur betheiligt, um der zunächst vorgenommenen Bestallung des auf seinen Vorschlag ernannten Vormundes seiner Kinder beizuwohnen, und hat sich sodann durch diesen vertreten lassen, der die seinem Mandanten vergleichsmäßig gebührende Abfindungssumme für dessen Kinder in Empfang nahm. Dem entsprechend ist das Kapital als ein zum actuellen Vermögen der Letzteren gehörendes Activum seither von allen Betheiligten, insbesondere von dem Vormunde und der Obervormundschaft so wie von dem Vater der Curanden aufgefaßt und behandelt worden. Freilich, wenn die Mündel das Capital nicht schon aus dem Vergleiche vom Großvater zu fordern hatten, sondern vom Vater aus dessen Vermögen erhalten haben, so würde dieser Erwerb nach Römischem Rechte

§. 1 I. per quas personas (2, 9),
l. 6 pr. C. de bonis, quae liberis (6, 61),

ohne Wirkung gewesen sein. Daß die Regel, wonach Hauskinder ex substantia patris nichts Eigenes erwerben und Schenkungen des Vaters nur die Bedeutung einer concessio peculii (profecticii) haben, deshalb nicht mehr gelte, weil heut zu Tage Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskind mit vollem Rechtseffecte geschlossen werden können, ist zwar

Digitized by Google

nicht unbedingt richtig — vgl. Windscheid, Pandecten §. 484 not. 2, 4 —; allein wenn auch zugegeben werden muß, daß jene Regel nicht alle Bedeutung verloren habe, daß namentlich nicht jede einfache Schenkung, welche der Vater dem in seiner Gewalt verbleibenden Hauskinde macht, unwiderruflich sei, so fehlt es doch bei der anerkannten Zulässigkeit bindender Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind im heutigen Rechte an einem ausreichenden Grunde, dem in rechtsbeständiger Form kundgegebenen Willen des Vaters, daß das Object der Zuwendung in das Vermögen des Kindes kommen und den Adventicien gleichgestellt werden solle, die beabsichtigte Wirkung zu versagen. Ein Fall dieser Art liegt hier unzweifelhaft vor.

Das in Rede stehende Capital war also nach den bei der Verwaltung von Mündelgut zu befolgenden Grundsätzen für die Curanden ohne Concurrenz des Vaters, der sich jeder Theilnahme an der Verwaltung ausdrücklich begeben hatte, zu administriren. Es muß aber als eine bedenkliche Abweichung von den zu beobachtenden Grundsätzen bezeichnet werden, daß der Vormund das ihm behändigte Geld als ein verzinsliches Darlehen selbst behalten und sich somit zum Schuldner seiner Mündel constituirt hat. Im gemeinen Rechte ist Das zwar nirgends ausdrücklich verboten; allein die Unstatthaftigkeit eines dauernden Schuldverhältnisses zwischen Vormund und Mündel folgt doch aus den bekannten Vorschriften der Nov. 72 cap. 1—4 ohne Weiteres. Die obervormundschaftliche Behörde darf daher bei eigener Verantwortlichkeit ihrer Mitglieder regelmäßig nicht dulden, daß Mündelgeld dauernd beim Vormunde selbst belegt werde; jedenfalls verwandelt sich, wenn sie dies dennoch thut und kein Mitvormund vorhanden ist, ihre subsidiare Haftung in eine principale. Mag nun auch zugegeben werden, daß sie für einen Verlust, der selbst bei Anwendung der höchsten

Digitized by Google

Sorgfalt nicht füglich vorherzusehen war und deshalb in das Gebiet des Zufalls gehört, nicht schon deshalb einzustehen haben, weil sie das Geld dem Vormunde anvertrauten, so ist doch im vorliegenden Falle bei Prüfung der Creditwürdigkeit des Darlehnsschuldners nicht einmal mit derjenigen Vorsicht verfahren, welche bei der Belegung von Mündelgeldern, auch abgesehen von positiven gesetzlichen Bestimmungen, angewendet zu werden pflegt, ja überhaupt von jedem Verwalter fremden Vermögens erwartet werden muß. Bei der Verhandlung am 5. Februar 1861 mußte der Terminsdirigent vor allen Dingen die Vermögensverhältnisse des neu ernannten Vormundes genauer constatiren, er durfte sich nicht mit der unbescheinigten und völlig ungenügenden Versicherung desselben, daß auf seinem Grundbesitze nur etwas über 3000 Thlr. Schulden hafteten, beruhigen. Wie wenig Sicherheit die damals bestellte öffentliche Generalhypothek gewährte, hat der Erfolg gezeigt, und wenn in dortiger Gegend intabulirte Specialhypotheken schwer zu haben sind und deshalb kleinere Kapitalien bevormundeter Personen öfter ohne solche Sicherstellung ausgeliehen werden, so beweis't gerade der vorliegende Fall, wie gefährlich dieses, durch das angegebene Motiv keineswegs gerechtfertigte Verfahren ist. Die Curanden haben demnach einen wohlbegründeten Anspruch auf Ersatz ihres Antheils an dem Capitale, welches im Concurse der Gläubiger ihres bisherigen Vormundes verloren gegangen ist, gegen die solidarisch haftenden Mitglieder der obervormundschaftlichen Behörde, welche eine so wenig sichere Belegung veranlaßt und genehmigt haben.

---

Digitized by Google

## 59.

## Zur Lehre von den Adventicien der Hauskinder.

Ne. 173/1867.

Nach dem Tode des Erbpächters W. succedirte nach Maßgabe der grundbrieflich bestehenden Successions-Ordnung beim Mangel ehelicher Nachkommenschaft dessen Wittwe in das Erbpachtgehöft. Dieselbe verheirathete sich wieder und starb dann mit Hinterlassung von vier minderjährigen Söhnen, welche nunmehr nach dem Rechte der Erstgeburt zur Gehöftsnachfolge berufen waren. Der Vater dieser Kinder blieb indessen einstweilen unangefochten im Besitz und Genuß der Hufe, bis nach einigen Jahren sein ältester Sohn vor erreichter Volljährigkeit starb. Dieses Ereigniß gab Veranlassung zum gerichtlichen Einschreiten. Dem Vater wurde eröffnet, daß jetzt sein zweitgeborener Sohn Erbpächter geworden sei, er selbst aber kein Recht an der Hufe habe und deren Bewirthschaftung auf eigene Rechnung nur fortsetzen dürfe, wenn er sich entschließe, dieselbe für bestimmte Jahre zu pachten und seinem Sohne einen an die Gerichtskasse zum Zwecke sicherer Belegung auszuzahlenden Jahreszins von 100 Thlr. zu entrichten. Der Vater drückte zwar sein Befremden über diese Mittheilung aus, fügte sich aber, schloß den Pachtvertrag mit dem gerichtlich bestellten Specialcurator seines Sohnes ab, zahlte auch am Ende des ersten Jahres den vereinbarten Zins, stellte dann jedoch diese Zahlungen ein und wurde deshalb nach Ablauf von zwei weiteren Jahren durch den Curator auf Entrichtung des Rückstandes von 200 Thlr. belangt. Er wandte ein, daß der Pachtvertrag, bei dessen Abschlusse er in einem durch das Vormundschaftsgericht erregten, gewiß entschuldbaren Rechtsirrthume sich befunden habe, nichtig sei, da ihm vielmehr die unentgeltliche Benutzung der Hufe als eignes Recht kraft seiner väterlichen Gewalt zustehe. Er bat daher nicht bloß um Abweisung der Klage, sondern forderte widerklagend auch die bereits

Digitized by Google

gezahlten 100 Thlr. mit den davon inzwischen gezogenen Zinsen zurück. Im weiteren Verlaufe der Verhandlungen hob Kläger noch hervor, daß die Hufe jedenfalls eine s. g. peculium adventicium irregulare bilden würde, da seinem Curanden dieselbe nicht unmittelbar aus der mütterlichen Erbschaft, sondern aus dem Nachlasse des verstorbenen älteren Bruders, den der Vater selbst mitbeerbt habe, überkommen sei.

In erster und zweiter Instanz wurde der Beklagte der Klagbitte gemäß verurtheilt und mit seiner Widerklage abgewiesen. Das O.-A.-Gericht fand die dawider gerichtete Beschwerde begründet und erkannte unter'm 22. Febr. 1868, daß die Klage abzuweisen sei und der Kläger als Widerbeklagter die bereits gezahlten 100 Thlr. nebst den davon inzwischen gezogenen Zinsen zu erstatten habe.

Gründe:

1. Zum peculium adventicium gehört alles — nicht unter die Begriffe des peculium castrense und quasi castrense fallende — Gut, welches das Hauskind anderswo her, als aus dem Vermögen des Vaters erworben hat. Dem Vater gebührt hieran, welcher Art auch die Güter sein mögen, das Verwaltungs- und Nutzungsrecht, welches in voller Allgemeinheit noch besonders in der

Mecklenb. Polizei O. v. 1572 Tit. v. Vormundsch. Abs. 5 bestätigt ist. Dasselbe erstreckt sich daher ebensowohl auf das im Nutzeigenthum des Kindes stehende Grundstück wie auf seine sonstigen Güter und selbst bei bäuerlichen Besitzungen, bei welchen das Institut der Interimswirthschaft vorkommt, ist bei Lebzeiten des Vaters des Anerben für eine vormundschaftliche Verwaltung kein Raum, weil das gedachte Recht des Vaters eintritt und selbst die Interimswirthschaft treueren Händen nicht übergeben werden könnte.

Eichhorn, Deutsch. Privatrecht §. 366 not. d.
Beseler, Deutsch. Privatrecht Bd. 3 §. 189 nr. II.

Digitized by Google

Ausnahmen von diesem Rechte des Vaters müssen positiv begründet werden. Einem Erbpachtcontracte liegt solches Einschneiden in das Familienrecht, insbesondere in die väterliche Gewalt und die damit verbundenen Befugnisse, an sich ganz ferne. Um so weniger darf man dieselben mit der ersten Sentenz um deswillen bei Seite stellen, weil sie in dem Erbpachtcontracte nicht constituirt sind.

2. Der Appellat beruft sich darauf, daß die Hufe von dem Bruder des Curanden auf Letzteren vererbt sei und Appellant mit ihm und seinen Geschwistern den Bruder beerbt habe. Es soll hier also die Bestimmung der Nov. 118 cap. 2, welche dem Vater eine Erbportion statt des Ususfructus an dem auf den miterbenden Sohn fallenden Theil der Erbschaft des verstorbenen Bruders des Letzteren zuweist, zur Anwendung kommen. Es ist nicht nöthig, auf die hiezu bestehenden Controversen

cfr. v. Buchholtz in der Gieß. Zeitschr. Bd. 14 S. 295—302

einzugehen. Denn der Vater concurrirte zu der Erbpachtstelle durchaus nicht als Miterbe; auf diesen Theil der Erbschaft ist ihm kein Successionsrecht neben dem Bruder des Verstorbenen eingeräumt, die Bestimmung der Novelle, welche die römische Intestatsuccession voraussetzt, paßt also auf den vorliegenden Fall gar nicht. Der Vater würde für den ausfallenden Ususfruct an dem Grundstücke keinen Ersatz erhalten haben, selbst wenn der Verstorbene sonst noch einiges Vermögen hinterlassen haben sollte, was nach den Acten kaum anzunehmen ist. Kläger hat darüber nichts angegeben, und Beklagter führte schon in der Vernehmlassung an, daß er weder Erbe seiner Frau noch seines Sohnes geworden.

3. Stand dem Beklagten hienach kraft Gesetzes der Nießbrauch an der Hufe mit Zubehör zu, so liegt die Anwendung des Satzes:

Digitized by Google

Qui rem propriam conduxit, existimans alienam dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit.

L. 20 u. 23 C. de locato (4. 65)

L. 45 D. de R. J. (50. 17), L. 9 §. 6 D. loc. (19. 2)

nahe, da die Pachtung dem Usufructuar ebensowenig wie dem Eigenthümer auf den Gebrauch und Fruchtgewinn ein Recht verleiht, welches er nicht schon hat, und der Usufructuar es ist, welcher rem alii fruendam locare potest.

L. 12 §. 2 de usufructu (7. 1), L. 9 §. 1 loc. (19. 2).

An den Willen, den Ususfruct in ein Pachtverhältniß umzusetzen, ist hier den Acten nach gar nicht zu denken. Der Beklagte hatte nach dem am 19. October 1855 erfolgten Tode seiner Ehefrau den Besitz und Genuß der Stelle behalten, ohne daß sich die Obervormundschaft während des Lebens des erst am 19. Juni 1862 verstorbenen minderjährigen Gehöftsnachfolgers, seines Haussohnes J., jemals veranlaßt sah, zur Feststellung der Rechte des Sohnes seinem Vater gegenüber thätig zu werden. Auch nach dem Tode des Anerben, wodurch das Gehöft dem Curanden, zweiten Sohne des Beklagten, zufiel, blieb das Verhältniß unberührt, bis das Gericht am 9. April 1863 dem vorbeschiedenen Beklagten mittheilte, daß der Curande der Successor sei und ihn, unter Hinweisung auf die sich vernothwendigende Absonderung des Erbtheils desselben, nach seinem Wunsche hinsichtlich der Person des zu bestellenden Vormundes befragte. Beklagter erklärte darauf, er sei zwar in dem Glauben, daß er die Hufe von seiner Frau geerbt habe und sie erst nach seinem Tode auf seinen ältesten Sohn vererbe; wenn er aber im Irrthume sein sollte und einen Vormund vorschlagen sollte, so wolle er den Kläger nennen. Dem Beklagten wurde das Irrthümliche seiner Annahme auseinandergesetzt und proponirt, die Hufe in Pacht zu nehmen, die Pachtsumme gebühre seinem ältesten Sohne. Auf dieses Protocoll bestellte das

Digitized by Google

Gericht den Kläger zum Specialcurator des Gehöftserben Behufs der Auseinandersetzung des Letzteren mit seinem Vater und seinen Geschwistern. In dem zu diesem Geschäfte angesetzten Termine wurden, nachdem die Nachlaß- und Gehöftsverhältnisse weitläufig durchsprochen waren, diese so geordnet, wie das Protocoll vom 7. Mai 1863 ergiebt. Welche Prätensionen des Beklagten im Einzelnen zur Sprache kamen, ist aus dem Protocolle nicht ersichtlich. Nach der Vernehmlassung hatte Beklagter erklärt, er glaube nicht nöthig zu haben, die Hufe in Pacht zu nehmen, jedoch vom Richter zur Antwort erhalten, es liege dazu eine rechtliche Nothwendigkeit vor, Beklagter habe sonst kein Recht an der Hufe, was vom Kläger replicando als richtig zugegeben ist. Mehr constirt nicht; auch behauptet Appellat nicht, daß von dem väterlichen Nießbrauchsrechte irgend die Rede gewesen sei. Es ist hierüber also auch nicht paciscirt; und wenn Appellant dieses sein Recht bei jener Verhandlung nicht geltend machte, so ist solches, wie klar vorliegt, durch seine Nichtkenntniß desselben veranlaßt, und diese schließt, ohne daß es auf die Entschuldbarkeit des Irrthums irgend ankommt, die Annahme eines Verzichts auf das zuständige Recht selbstverständlich aus. cfr. 20 L. C. cit.

4. Selbst mit der Fiction eines Verzichtes des Beklagten auf den ihm zuständigen Nießbrauch zu Gunsten seines Haussohnes gewinnt das Geschäft keinen Rechtsbestand. Durch einen solchen Verzicht macht der Vater aus dem Seinigen dem Sohne ein reines Geschenk; dieses aber kann erst nach aufgehobener väterlicher Gewalt Gültigkeit erlangen. Die

L. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. (6. 61)

geht hievon aus. Seit der desfallsigen Ausführung von

Thibaut, Versuche, Bd. 2 Abs. 12

besteht hierüber kaum noch ein Zweifel, wie fast alle seitdem

Digitized by Google

erschienenen Lehrbücher des Pandectenrechts (s. z. B. Arndts Pand. §. 435); man vergl. außerdem

Glück, Comment. Bd. 14 S. 387,

Marezoll in der Gieß. Zeitschr. Bd. 8 S. 425,

v. Buchholtz ebendas. Bd. 14 S. 333,

v. d. Pfordten, Abhandl. S. 149 f. und S. 187—204,

Unterholzner, Verjährungslehre Aufl. 2 Bd. 1 §. 113 S. 386 ff.

Allerdings kommt es heutiges Tages vor, daß zu Rechtsgeschäften zwischen dem Vater und dem minderjährigen Hauskinde Letzterem ein curator specialis beigeordnet wird. Es geschieht dies auf Antrag des Vaters. Der Beklagte hatte aber solchen Willen nicht, sondern sich nur der Erklärung der Obrigkeit, daß die Maßregel eine Nothwendigkeit sei, gefügt, und niemals war es darauf abgesehen, dem Sohne ein Geschenk zu machen. Für ein solches Geschäft geschah die Bestellung nicht. Ohnehin steht der Rechtsbestand der Schenkungen des Vaters an den Sohn unter besonderen Regeln und läßt sich nicht behaupten, daß die ganze Lehre vom peculium profecticium Antiquität geworden ist.

5. Ist nach dem Ergebniß der rat. 1—3 der protocollirte Pachtcontract für den Beklagten unverbindlich, so ist nicht bloß die erhobene Klage abzuweisen, sondern auch die Pachtzahlung von 100 Thlr. pro Johannis $18^{63}/_{64}$ indebite geleistet und daher insoweit (cfr. L. 25 §. 1 de probat. [22. 3]) die Reconvention begründet. Wenn aber auch die condictio indebiti nach l. 1 C. de condict. indeb. (4. 6) nur auf die indebite gezahlte Summe selbst sich richtet, so waren dem Widerkläger doch im vorliegenden Falle auch die durch die Belegung dieser Pachtsumme gewonnenen Zinsen um deswillen zuzusprechen, weil die Widerklage keineswegs bloß auf den Gesichtspunkt der indebiti solutio, sondern auf alle die Gründe sich stützt, aus welchen der Beklagte das fragliche

Digitized by Google

Geschäft als nichtig ansicht und dessen Widerruflichkeit behauptet, vermöge des an den bona adventicia seines Sohnes ihm zustehenden Nießbrauchs ihm aber diese Zinsen gleichfalls zukommen.

---

## 60.

## Zur Lehre von der Cura gebrechlicher Personen.

Zi. 128/1869.

Der unverehelichten Z. war wegen ihres mangelhaften Sprachvermögens und Gehörs auf Grund testamentarischer Bestimmung ihres Vaters ein Curator bestellt, und, nachdem dieser auf sein Ansuchen entlassen worden, vom Gerichte an seiner Stelle ein anderer ernannt. — Die Curandin war mit diesem nicht zufrieden und verlangte Aufhebung der Vormundschaft, eventuell die Bestellung ihres Oheims, der sie in Pflege und Kost genommen hatte, zum Vormunde und erhob gegen die beide Gesuche verwerfende Determination der Justiz-Canzlei Recurs, in Folge dessen vom O.-A.-Gerichte durch Entscheidung vom 1. März 1869 hinsichtlich des eventuellen Gesuches eine erneuerte obervormundschaftliche Prüfung angeordnet ward.

Denn — heißt es in den Gründen — hat zwar die Recursbeschwerde, soweit sie gegen den Fortbestand der Curatel überhaupt gerichtet ist, verworfen werden müssen, so durfte dies andererseits doch nicht in einer Weise geschehen, welche die Curandin mit geistesschwachen Personen völlig gleichstellen würde. Dies wäre aber der Fall, wenn die Wünsche der Recurrentin rücksichtlich der Person des Curators keine Beachtung finden würden. Deshalb war ihr früher verworfener Antrag auf's Neue in Erwägung zu ziehen. Die Bestellung eines anderweitigen Curators rechtfertiget sich

Digitized by Google

schon dadurch, daß der bisherige sein Amt nicht unentgeltlich fortführen will, wie denn auch die von ihm erwirkte Bewilligung als eine zu hoch gegriffene bezeichnet werden müß, und daß bei seiner Ernennung die Curandin nicht einmal befragt ist.

Diese hat wiederholt ihr Vertrauen zu ihrem Oheim ausgesprochen, und sollten durch die Erkundigungen über seine Persönlichkeit die Bedenken sich heben lassen, welche daraus, daß der Curator zugleich die Curandin bei sich in Kost und Pflege hat, sich ergeben, so würde auf ihren Wunsch einzugehen sein.

---

## 61.

## Zur Lehre von der Cura absentis.

Ga. 555/1869.

Dem Curator des abwesenden G., welcher auf Auszahlung eines seinem Curanden angefallenen Legats klagte, ward vom Beklagten der Einwand entgegengestellt, daß der abwesende G. schon vor dem Anfall des ihm hinterlassenen Legats, jedenfalls aber vor Anstellung der jetzigen Klage gestorben, mit dessen Tode die für ihn angeordnete Curatel beendigt und der Curator daher zur Anstellung der Klage nicht legitimirt sei.

Das O.-A.-Gericht verwarf mittels Erkenntnisses vom 1. März 1869 diesen Einwand aus folgenden Gründen;

Die Vormundschaft über Abwesende endet allerdings mit dem Augenblicke, in welchem der Tod des Verschollenen rechtlich bewiesen ist: Glück, Comm. XXXIII. S. 304 f., Sintenis, Gem. Civ.-Recht §. 156 I. Da aber ihre Anordnung ganz vornehmlich auf dem Umstande beruhet, daß, so lange diese Thatsache noch nicht constatirt ist, die etwaigen Erben

Digitized by Google

des Verschollenen zur Geltendmachung ihrer erbrechtlichen Ansprüche noch nicht im Stande sind, und die cura deshalb nicht bloß im Interesse des Abwesenden selbst, sondern auch seiner demnächstigen Erben geordnet ist, so folgt hieraus mit innerer Nothwendigkeit, daß, so lange diese Ungewißheit selbst noch nicht gehoben ist, auch die Vollmacht des bestellten Curators zur Vertretung des Abwesenden nach außen hin fortdauern muß, mag nun die Curatel mit dem Augenblicke der eingetretenen Gewißheit des Todes von selbst ihr Ende finden oder es zu deren Aufhebung noch eines zuvorigen gerichtlichen Decretes bedürfen. So lange diese Curatel daher noch in äußerer Wirksamkeit besteht und demgemäß der Curator noch zur Vertretung des Abwesenden und zur Wahrnehmung seiner Rechte und Interessen Dritten gegenüber verpflichtet ist, kann auch seine Befugniß zur Vertretung desselben von Seiten des Dritten nicht durch die Berufung auf den noch ungewissen und deshalb erst noch zu erweisenden Umstand entkräftet werden, daß der Abwesende bereits vor dem Zeitpunkte verstorben sei, wo das betreffende Verfahren rechtlich eingeleitet ward. Es würde dies ein innerer Widerspruch sein und wird hieran auch dadurch nichts geändert, daß, wenn der Eintritt des Todes für einen früheren Zeitpunkt erwiesen wird, dieser, und nicht das äußere Ende der Curatel für die Ordnung der erbrechtlichen Verhältnisse des Verschollenen maßgebend wird.

Demnach war der Beklagte im vorliegenden Falle nicht mit der Einrede zu hören, daß der klägerische Curande bereits vor erfolgter Insinuation der Klage gestorben sei. Vielmehr kam es in Beziehung auf die Berechtigung des Curators zur Geltendmachung des seinem Curanden ausgesetzten Vermächtnisses allein auf die Frage an, ob dieser Letztere noch den Zeitpunkt erlebt hat, in welchem dessen Anfall eintrat.



Digitized by Google

## 62.

## Ueber den Erbanspruch der armen Wittwe.

I. Ho. 891/1869.

Am 13. Mai 1867 verstarb der Bündner H. zu X., ohne letztwillig verfügt zu haben. Seine nächsten gesetzlichen Erben, die Mutter und drei Schwestern, traten die Erbschaft an und vereinigten sich sodann vor Gericht dahin, daß das Mobiliar des Nachlasses reell getheilt, die Bündnerei aber dem Ehemanne der einen Schwester für den unter die vier Erbinnen gleichmäßig zu vertheilenden Preis von 1000 Thlr. und unter der Verpflichtung, der Mutter des Erblassers den ihr nach dem väterlichen Testamente gebührenden Altentheil weiter bis an ihr Lebensende zu gewähren, überlassen werde. Ehe dieser Theilungsplan vollständig ausgeführt war, erwirkte die hinterbliebene Ehefrau des Erblassers ein gerichtliches Inhibitorium dagegen, indem sie zugleich in ihrer Eigenschaft als arme Wittwe ein Miterbrecht auf ein Viertheil des Nachlasses klagend in Anspruch nahm. Die Beklagten bestritten zunächst die Zuständigkeit des Erbschaftsgerichts für diese Klagsache, da nach beschaffter gerichtlicher Theilung die Erbinnen nur noch einzeln jede vor ihrem persönlichen Richter besprochen werden könnten, und machten sodann gegen den Erbanspruch selbst geltend, daß dessen gesetzliche Voraussetzungen nicht gegeben seien. Denn 1. sei der verstorbene Ehemann der Klägerin nicht wohlhabend gewesen, da sein Nachlaß, wenn man die Bündnerei zu dem sehr hoch vereinbarten Uebernahmspreise veranschlage, sich nur auf 1200 Thlr. berechne, und 2. sei die Klägerin weder dürftig, da sie als eine noch junge rüstige Person von ihrer Händearbeit leben könne, noch undotirt, da sie ihrem Manne, ihrer eigenen Angabe nach, 30 Thlr. zugebracht habe.

Durch Bescheid vom 11. October 1869 bestätigte das O.-A.-Gericht das zweitinstanzliche Erkenntniß, welches die exc. fori

Digitized by Google

incompetentis verworfen und das Miterbrecht der Klägerin anerkannt hatte.

Gründe:

Die Nov. 53 cap. 6 pr. beruft die dürftige Wittwe neben ihren Kindern nicht nur ganz ausdrücklich auf die ihr zugewiesene Quart zur Erbschaft ihres Mannes, sondern erklärt dieselbe auch im §. 1 ibid., soweit sie dadurch Erbin ihres Mannes geworden sei, ganz unzweideutig für dessen Schulden verhaftet, und berechtigen die modificirenden Bestimmungen, welche die Nov. 117 cap. 5 nach verschiedenen Seiten hin in Beziehung auf diesen Erbanspruch der Wittwe getroffen hat, überall nicht mit irgend welcher Nothwendigkeit zu der Schlußfolgerung, daß dadurch die Grundlage und der rechtliche Charakter des ihr durch das frühere Gesetz gewährten Anspruchs selbst haben verändert werden sollen. Mit Recht hat daher auch die überwiegende Mehrzahl älterer wie neuerer Juristen, unter diesen letzteren auch der von der sententia I. mit Bezug auf den nur von dem Pflichttheilsrechte der armen Wittwe handelnden §. 606 seines Lehrbuchs der Pandecten für das Gegentheil angeführte Arndts — vgl. daselbst §. 481 und Rechtslexicon V. Seite 698 — stets angenommen, daß der dürftigen Wittwe, mag selbige nun mit Kindern oder mit anderen Erben ihres verstorbenen Ehemannes in dessen Nachlaß concurriren, nicht etwa nur ein Forderungsrecht in Beziehung auf den hier zugewiesenen Antheil, sondern ein wahres Erbrecht zustehe.

Ebenso hat auch, was die weiteren Voraussetzungen dieses Erbrechts betrifft, in so fern die überlebende Wittwe nur sonst vermögenslos ist, die gemeinrechtliche Praxis in Einklang mit der Mehrzahl der Theoretiker, von dem Erforderniſſe, daß dieselbe undotirt gewesen, mit gutem Grunde abgesehen, wenn das Eingebrachte so unbedeutend ist, daß daraus die Wittwe in keiner Weise den nothdürftigsten



Digitized by Google

Lebensunterhalt würde gewinnen können, weil das Gegentheil mit dem klar ausgesprochenen Zwecke der Nov. 53 cap. 6 in Widerspruch stehen würde, der Römische Gesetzgeber ferner davon ausging, daß dem Brautschatze der Frau eine Widerlage von Seiten des Mannes gegenüberstand, und die förmlichen Ehepacten, welche in Beziehung auf diese Verhältnisse als geschlossen vorausgesetzt werden, nach Römischer Sitte nur bei Wohlhabenderen vorzukommen pflegten.

Endlich wird aber auch, damit das Erbrecht der dürftigen Wittwe zur Geltung gelange, auf Seiten des verstorbenen Ehemannes keineswegs ein solches Maß des Wohlstandes gefordert, daß die Wittwe von dem ihr aus dessen Nachlasse Gebührenden allein als Rentnerin müsse leben können, sondern es soll ihr dadurch nur eine ähnliche Lebenslage gesichert werden, wie diejenige war, welche sie während bestehender Ehe innegehabt hat, und der Noth gewehrt werden, in welche sie sonst gerathen würde oder leicht gerathen könnte.

Waren hienach aber im vorliegenden Falle unzweifelhaft die Voraussetzungen vorhanden, von welchen der Anspruch der Klägerin, als dürftiger Wittwe, an dem Nachlasse ihres verstorbenen Ehemannes abhing, stand ihr ferner in Beziehung auf diesen ein wahres Erbrecht neben den Beklagten zu, so kann es ihr in Beziehung auf ihr Erbrecht selbst, wie in Beziehung auf das in Grundlage desselben gleichzeitig erhobene Verlangen der Erbtheilung nach dem klaren Ausspruche der l. 44 §. 2 D. familiae herciscundae (10, 2) und l. 17 C. eod. (3, 36) überall nicht präjudiciren, wenn die Beklagten mit Uebergehung ihrer, gleichsam als wären sie die alleinigen Erben, ohne ihre Zuziehung eine Theilung vorgenommen haben. Vielmehr ist ihr gegenüber diese Theilung als nichtig zu betrachten, und das Gleiche gilt auch hinsichtlich der weiteren

Digitized by Google

nicht bloß für den Antheil der Beklagten, als Miterben, sondern über die volle Substanz der einzelnen Erbschaftssachen etwa getroffenen rechtlichen Verfügungen. Auch läßt sich aus dem, was die Beklagten dafür anführen, in keiner Weise ableiten, daß die Klägerin das so Geschehene nachträglich gutgeheißen oder stillschweigend ihr Einverständniß damit erklärt habe. Mit vollem Rechte darf daher die Klägerin davon ausgehen, daß ihr gegenüber der Nachlaß noch als ungetheilt anzusehen ist; und da der Hauptbestandtheil desselben, die Büdnerei des Verstorbenen, in dem Bezirke des Erbschaftsgerichtes liegt, so war dieses auch für das von der Klägerin beantragte neue Theilungsverfahren, wie für die Klage selbst, wodurch zunächst der darauf ihr zustehende Anspruch zur Anerkennung gebracht werden mußte, hinsichtlich sämmtlicher Beklagten als competent zu betrachten.

Die Entscheidung über die Art dieser Theilung selbst und was darnach Jeder der mehreren Miterben sich anrechnen zu lassen, bezüglich der übrigen Miterben herauszugeben und zu ersetzen hat, mußte aber um deswill[illegible] einem weiteren Verfahren vorbehalten werden, weil darüber bis jetzt überall noch keine eingehende Verhandlung Statt gefunden hat.

## II. Ka. $1363/_{1870}$.

Der Ackerbürger K. zu B. hatte seine acht minderjährigen Kinder, von denen das jüngste aus der durch seinen Tod aufgelösten, die übrigen aus früherer Ehe stammten, testamentarisch zu Erben eingesetzt, ohne seiner Ehefrau zu gedenken. Dieselbe forderte, nachdem der Vormund der Kinder die Erbschaft angetreten hatte, die ihr als armer Wittwe zustehende Erbportion von $^1/_9$ des Nachlasses und zwar $^7/_8$ dieser Quote zu Eigenthum, $^1/_8$ zu Nießbrauchsrecht. Auch in diesem Rechtsfalle beantragte die Klägerin ein gerichtliches Inhibitorium gegen die ohne ihre Zustimmung bereits eingeleitete Erbregulirung, wurde damit aber

Digitized by Google

zurückgewiesen. Das O.-A.-Gericht bemerkte zu seinem bestätigenden Bescheide vom 4. August 1870:

Die von den Parteien angeregte Streitfrage, ob die undotirte arme Wittwe den ihr gesetzlich gebührenden Antheil am Nachlasse ihres Ehemannes als eine durch den letzten Willen unentziehbare Intestatportion oder als gesetzliches Vermächtniß erhalte, ist für die Entscheidung des vorliegenden Incidentstreites nicht unmittelbar maßgebend. Zu den Erbberechtigten, welche im Falle ihrer Uebergehung das Testament des Erblassers anzufechten befugt sind, um den Eintritt der Intestaterbfolge herbeizuführen, gehört die dürftige Wittwe entschieden nicht, wie auch von solchen Schriftstellern anerkannt wird, welche ihr an dem Nachlasse des ohne Testament oder mit Hinterlassung eines durch andere Notherben beseitigten Testaments verstorbenen Ehemannes ein wahres Miterbrecht zuschreiben.

cfr. Arndts Pandecten §. 606.

Gegen die Testaments-Erben hat sie mithin nur einen persönlichen Anspruch auf Entrichtung des ihrem gesetzlichen Antheile entsprechenden Vermögensbetrages. Eine solche mit persönlicher Klage geltend zu machende obligatorische Forderung kann aber nach bekannter Rechtsregel bloß wegen der im vorliegenden Falle angeblich vorhandenen Liquidität in Ermangelung eines legalen Arrestgrundes das erbetene Inhibitorium nicht rechtfertigen.

Bei der Verhandlung des Hauptrechtsstreits bekämpften die Beklagten den wider sie erhobenen Anspruch durch Berufung auf die streitlose Thatsache, daß die Klägerin nicht bis an das Lebensende ihres Ehemannes bei demselben verblieben war, sondern in Folge eines Zerwürfnisses längere Zeit vor seinem Tode von ihm sich getrennt hatte, ohne dazu durch eine gerichtliche Separation berechtigt zu sein. Das Nähere ergiebt sich aus den nachstehenden Entscheidungsgründen zu dem oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 24. Juli 1871, welches die gegen die erfolgte Zurückweisung der Klage gerichtete Beschwerde für theil-

Digitized by Google

weise begründet erklärt und den beklagten Vormund verurtheilt, der Klägerin den Nießbrauch an $^1/_9$ des Nachlasses in Grundlage des darüber aufgenommenen Inventars einzuräumen und dieselbe wegen des seit dem Tode ihres Ehemannes von jenem Theile des Nachlasses gezogenen Nutzen, Liquidation vorbehältlich, klaglos zu stellen.

Gründe:

1. Der Ackerbürger Christian K. zu B. starb im April 1870 mit Hinterlassung von 7 Kindern aus erster Ehe und einer drei Jahre alten Tochter aus seiner im fünften Jahre bestandenen, mit der hinterbliebenen Wittwe, gebornen R., geschlossenen zweiten Ehe. Er hatte ein gerichtliches Testament errichtet, in welchem er seine acht Kinder zu seinen alleinigen Erben einsetzte, seine Wittwe aber nicht bedachte. Die Erbschaft wurde von der Vormundschaft der sämmtlich minorennen Kinder angetreten, und die Klägerin verfolgt den einer undotirten armen Wittwe am Nachlasse ihres Ehemannes gesetzlich gebührenden Antheil wider die Erben desselben. Auch ist zugestanden, daß die Wittwe kein Vermögen besitzt, und ihrem Ehemanne keine dos zugebracht hatte.

2. Der beklagte Vormund tritt dem Anspruche lediglich entgegen, weil die Wittwe nicht, wie das Gesetz zur Begründung desselben verlange, mit ihrem Ehemanne bis zum Tode desselben zusammengelebt habe. Das Thatsächliche, welches hiezu angeführt wird, ist Folgendes. Die Ehefrau hat mit ihrem Kinde am 1. Novbr. 1867 das Haus ihres Mannes verlassen, sich zu ihren Eltern in B. begeben und am folgenden Tage auf Ehescheidung geklagt. In Folge der vor hiesiger Justizcanzlei am 14. Januar 1868 Statt gehabten Verhandlung kehrte die Frau am 15. ejusd. zu ihrem Manne zurück, concumbirte auch mit ihm am 16., ging aber am 17. wieder aus dem Hause fort zu ihren Eltern, weil ihr Mann inzwischen ein sie herabsetzendes Inserat in den „Volksfreund"

Digitized by Google

gebracht und auf ihre desfallsige Vorhaltung erklärt hatte, daß er die öffentliche Anzeige noch einmal werde einrücken lassen, was dann auch am 19. geschehen ist. Die Frau nahm daher am 20. Januar ihre Klage wieder auf und wurden in Folge derselben die Eheleute — in Erwägung der erheblichen, selbst zu thätlichen Mißhandlungen und zu veröffentlichter Herabwürdigung der Ehefrau Seitens des Ehemannes ausgearteten ehelichen Zerwürfnisse — durch Erkenntniß der hiesigen Justizcanzlei vom 25. März 1868 zur Hebung der Mißstimmung auf ein Jahr von Tisch und Bett getrennt. In dem nach Ablauf der Trennungszeit von hiesiger Justizcanzlei am 15. Juni 1869 abgehaltenen Termine versöhnten sich die Eheleute und die Frau kehrte am folgenden Tage zu ihrem Manne zurück. Aber schon am 17. ejusd. Abends ging sie wieder von ihm, nach ihrer Angabe weil ihr Mann sie mit heftigen Worten aus dem Hause gewiesen, nach Angabe des Beklagten aber unter dem Vorwande, daß sie beim Kaufmann R..., dem sie in der letzten Zeit die Wirthschaft geführt, fest engagirt sei und doch nicht ohne Weiteres denselben verlassen könne. Seitdem hat sie außerhalb des Hauses durch Dienen für sich und ihr Kind den Lebensunterhalt erworben, auch von ihrem Manne keine Aufforderung zur Rückkehr erhalten. In den früheren gerichtlichen Terminen soll derselbe sich aber, wie Beklagter anführt, stets bereit erklärt haben, die Frau wieder aufzunehmen. Das allein vorliegende Protokoll vom 17. März 1868 besagt nur, daß der Ehemann der Scheidung, wie der Separation, widersprochen habe.

3. Die Nov. 53 cap. 6 und Nov. 117 cap. 5, von deren Interpretation die Entscheidung abhängt, stehen zwar in keinem ersichtlichen historischen Zusammenhange mit L. un. D. unde vir et uxor. (38. 11.) Indessen werden sie mit dieser Lex sowohl vom Beklagten, und in den vorigen Er-

Digitized by Google

kenntnissen, als auch von Rechtslehrern insoferne in Verbindung gebracht, als die Voraussetzungen, welche in Ermangelung aller successionsfähigen Verwandten für das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bestehen, auch für den außerordentlichen Anspruch der armen Wittwe maßgebend sein sollen, und man muß zugeben, daß dieser bei Verhältnissen, welche das sonst zutreffende ordentliche Intestaterbrecht des Gatten ausschließen, nicht füglich bestehen kann. Es ist daher zunächst auf die L. un. cit. einzugehen.

4. Nach diesem Gesetze kann die bonorum possessio unde vir et uxor unter zwei Bedingungen gesucht werden. Die erste ist justum matrimonium, die andere Bestand der Ehe zur Zeit des Todes. Jedoch soll diese Successsion nicht Statt haben, wenn zwar divortium erfolgt ist, rechtlich aber das matrimonium fortdauert. Als die zwei bezielten Fälle werden angeführt das der liberta nicht gestattete einseitige divortium vom Patron und das ohne die gesetzliche Form vollzogene divortium. Es ist hier also nur vom divortium die Rede und das Wort hat in unsern Quellen einen durchaus technischen Sinn. Es bedeutet die Trennung des ehelichen Lebens, die mit dem bestimmten und beharrlichen Willen, das Eheband für immer aufzulösen, erfolgt.

L. 3. D. de divort. (24. 2.)

Die so durch Wort und That einseitig geschehene Scheidung erlangte — abgesehen von dem Falle, daß sie von der liberta ausging — volle rechtliche Wirksamkeit dadurch, daß sie dem andern Ehegatten in der vorgeschriebenen Form angekündigt ward. Bei einem Verstoß hiegegen war der Act ein unfertiger, so daß jure durat matrimonium. Indessen soll zur Ausschließung des Erbrechts schon ausreichen, si divortium secutum sit, also ein Verhalten, welches den Begriff des divortium, der Lossagung vom Ehebündnisse, so ganz erfüllt, daß damit die Ehe, wenn die Form beobachtet wäre, aufge-

Digitized by Google

hoben sein würde. Immerhin mag man ein solches Verhalten factische Scheidung und als römisch-rechtliche Voraussetzung des Erbrechts nennen, daß die Ehe nicht blos rechtlich, sondern auch thatsächlich bis zum Tode bestanden habe — nur darf man damit nicht Vorgänge ergreifen wollen, die nicht divortium genannt werden, also nicht den Fall, wenn Eheleute sich verunwilligt und deshalb ohne den Entschluß, die Ehe aufheben zu wollen, auseinander begeben haben. Solches bezeichnen die Römer und so auch die Sprache unserer Rechtsquellen, zur Unterscheidung von divortium als jurgium, fribusculum,

L. 31. D. de jure dot. (23. 3.)

L. 32. §. 12 (vrgl. §§. 11 und 13) D. de don. int. vir. et ux. (24. 1.)

L. 27. D. de pactis dotat. (23. 4.)

und sie knüpfen an die durch Mißhelligkeiten herbeigeführte factische Absonderung als solche ebensowenig, als an das bloße Auseinanderwohnen oder den Umstand, daß die Ehefrau mit Wissen und ohne Widerspruch des Mannes dessen Haushalt aufgiebt und sich ihren Unterhalt anderswo verdient, irgend eine rechtliche Folge. Dergleichen spricht nicht gegen maritalis affectio oder den Willen, die Ehe aufrecht zu erhalten; das Auseinanderleben kann sogar zur Vermeidung des völligen Bruches und zur Erhaltung der affectio maritalis dienen sollen. Wenn sich dagegen ein Ehegatte in der Art, wie es zum Wesen des divortium gehört, vom Ehebunde lossagt, so bethätigt er den festen Willen das eheliche Leben niemals wieder fortzusetzen und da bei den Römern schlechthin kein Zwang auf Wiedervereinigung Statt fand,

L. 14 C. de nupt. (5. 4) L. 5 C. de repud. (5. 17.)

so war die Durchsetzbarkeit des Entschlusses zweifellos und erklärt sich eben hieraus, daß die in der l. un. §. 1 cit. angeführten speciellen Fälle in Betreff des den Eheleuten

Digitized by Google

eingeräumten Erbrechts so behandelt werden, als wäre die Ehe wirklich aufgelöst. Bei uns haben die Ehegatten ein klagbares Recht auf eheliches Zusammenleben, gegen eigenmächtige Separation schreitet die Obrigkeit, resp. der Fiscal sogar von Amtswegen ein. Um so weniger kann die gedachte Bestimmung heutigen Tages Anwendung finden auf außergerichtliche Trennungen, mögen sie wegen liebloser Behandlung, zur Sicherung des ehelichen Friedens, zum besseren Fortkommen oder aus anderen Gründen, einseitig oder mutuo consensu, welcher sich auch in der Duldung ausspricht, geschehen oder gar auf eine gerichtliche zeitige Separation, die gerade zur Versöhnung der Gemüther angeordnet wird und die demnächstige Fortsetzung des ehelichen Lebens im Auge hat, wogegen die katholische separatio perpetua in vermögensrechtlicher Hinsicht die Wirkung der vollen Scheidung hat. Nach dem Eherechte der Protestanten läßt sich jenen Fällen nur die malitiosa desertio vergleichen.

5. Die Nov. 53 cap. 6 und Nov. 117 cap. 5 schließen sich an die Gesetze enge an, welche den Ehegatten, der die eingetretene Scheidung verschuldet oder sich ohne einen gesetzlich gebilligten Grund geschieden hatte, mit dem Verluste der dos resp. der donatio propter nuptias bedrohen, und, wenn die Ehe ohne solche Bestellung geschlossen worden, ihm die Zahlung des vierten Theils seines Vermögens bis zu hundert Pfund Goldes an den andern Ehegatten auferlegen.

An die letzte Verordnung knüpft Justinian die Bestimmungen der Nov. 53 cap. 6. Er blickt auf die traurige Lage, in welche vermögenslose Frauen durch den Tod ihrer mit ihnen undotirt ehelich verbundenen Männer,

verb. videmus quosdam cohaerentes mulieribus indotatis et deinde morientes, oder nach Hombergk's Uebersetzung: quosdam mulieribus absque dote matrimonio jungi deinde eos mori videmus,

Digitized by Google

obgleich sie beständig in der Stellung einer rechtmäßigen Ehefrau geblieben seien, gerathen, während die Kinder die Erbschaft gesetzlich an sich nehmen. Das bestimmt den Kaiser, hujus modi uxorem in successione morientis neben den Kindern zu berufen. Dabei stellt er das Maaß des Anspruches der Frau genau so fest, wie es geschehen ist, si sine dote existentem uxorem vir dimiserit und schreibt weiter vor, daß ein ihr vom Manne hinterlassenes geringeres Legat hienach vervollständigt werden solle.

Dieser Haupttheil der Verordnung hinterläßt keine Zweifel. Er gewährt den Anspruch auf die Quart bei fehlender dos kurzweg der Wittwe des Verstorbenen. Der Kaiser rühmt aber noch, daß Er für die undotirten Frauen, wie im Falle ungerechtfertigter Verstoßung derselben Seitens der Männer, so auch gleichmäßig gesorgt habe,

si perduraverint semper cum eis (nach Hombergk: si semper apud eos maneant.)

Diese Redewendung, welche sich in der soweit referirenden Nov. 117 cap. 5

verb.: usque ad mortem cum ea vivens

wiederfindet, ist es, auf welche sich die Meinung stützt, es hänge die Erbgebühr der Wittwe davon ab, daß sie mit ihrem Manne bis zu dessen Tode thatsächlich zusammengelebt hat. Man mußte bei dieser Ansicht schon voraussetzen, daß Justinian die von ihm eben getroffene Disposition in dem darauf folgenden Satze: ut — providentia habe beschränken wollen. Dazu giebt aber die Fassung keinen Anlaß. Der Kaiser recapitulirt nur, daß den undotirten Frauen nunmehr in beiden Fällen, welche eine Vorsorge nöthig machten (also resp. durch die vorhergehende Verfügung), gleichmäßig geholfen sei. Ferner drücken die urgirten Worte gerade den factischen Zustand aus, in welchem der Fortbestand der Ehe äußerlich hervortritt und woraus hierauf zu schließen ist.

Digitized by Google

So sind sie zur Bezeichnung des rechtlichen Bestehens der Ehe gebraucht, ganz in gleicher Art, wie das thatsächliche dimittere uxorem (ohne den Zusatz repudio) für die rechtliche Auflösung des Ehebandes, und finden wir in ihnen nur einen anderen Ausdruck für das *συνοικεῖν*, womit die Nov. 53 cap. 6 das eheliche Verbundensein, das matrimonio junctum esse, bezeichnet. Demnach ist man nicht genöthigt, den gedachten Worten einen Sinn beizulegen, der dem sonstigen klaren Inhalte und dem ausgesprochenen Motiv des Gesetzes nicht entspricht, auch die nothwendig befundene Hülfe wesentlich abschwächt, und man kann das thatsächliche Zusammenleben um so fester für unerheblich erklären, als das bloße jurgium für die Ehe und die sich daran knüpfenden Rechtsfolgen schon im römischen Rechte ganz bedeutungslos ist und hierüber eine Bestimmung zu treffen sicher außer dem Gesichtskreise des Gesetzgebers lag.

6. Mit den Ergebnissen der rat. 4 u. 5 stimmen denn auch die Rechtslehrer aller Zeiten in so überwiegender Zahl überein, daß man darin die communis opinio zu sehen hat. Diejenigen, welche davon abweichen, differiren wieder unter sich. Am weitesten gehen Schirmer und Windscheid, nach welchen durch jede außergerichtliche oder zeitliche gerichtliche Separation die Erbfolge ausgeschlossen ist. Das mag consequent sein, läßt sich aber — da die Eheleute in Rom oft auseinander wohnten, das zeitweise Auseinanderleben auch löbliche Zwecke haben kann — nicht halten, und am wenigsten mit der Bedeutung, welche wir der richterlichen Trennung von Tisch und Bett beilegen, vereinigen. Nach Andern soll es darauf ankommen, ob die Frau die zeitige Trennung verschuldet hatte oder die Prüfung der Umstände dem richterlichen Ermessen überlassen sein. Von Allem diesen findet sich in der Novelle keine Spur; einem desfallsigen Verfahren nach dem Tode des Mannes könnte das Wort wol nicht geredet

Digitized by Google

werden, und Unsicherheiten werden unvermeidlich. Soll ferner das Gesetz vom Zusammenleben der Eheleute, ungeachtet solches bei den Römern nicht nothwendig war, die Erbgebühr derselben oder der Wittwe abhängig gemacht haben, so kann die vom Richter der Frau ertheilte Erlaubniß, den Mann zu verlassen, an der gesetzlichen Folge der Trennung nichts ändern, sie schließt nur den Zwang auf Wiedervereinigung aus, und die richterliche Hülfe, auf welche die verstoßene Frau weiter in der sententia a qua verwiesen wird, vermag die Thatsache nicht zu entfernen, daß die Eheleute bis zur etwanigen Durchsetzung der Wiederaufnahme der Frau auseinander gewesen sind. Alle versuchten derartigen Nachhülfen beweisen nur, wie großes Bedenken man trägt, das factische Zusammenleben entscheidend sein zu lassen.

Dazu kommt endlich, daß der Anspruch auf die statutarische Portion nach fester Praxis lediglich von dem Bestande der Ehe zur Zeit des Todes des Gatten abhängt und durch keine Separation, wie lange sie auch gedauert haben mag, geschmälert wird. Diese Praxis hat sich gerade im Anschluß an L. un. §. 1 D. unde vir et ux. gebildet,

cfr. Eichhorn, Deutsch. Privatrecht §. 338 not. 3,

und so läßt sich sagen, daß die gewöhnliche Lehre in die Praxis übergegangen ist.

7. In Gemäßheit des Vorstehenden durfte die Klage nicht abgewiesen werden. Die Wittwe hatte nach Maßgabe der Zahl der vorhandenen Kinder und Erben ihres Ehemannes Anspruch auf ein Neuntel des von demselben nachgelassenen Vermögens. Da aber zu den Erben ihre eigene Tochter gehört, so fällt Letzterer jener Theil der Proprietät nach ganz zu und die Wittwe konnte nur das Nießbrauchsrecht daran erwerben, obgleich sie auch mit sieben Stiefkindern concurrirte. Daß die Wittwe in solchem Falle die ganze Portion nur zur Nutznießung erhalte, ist zwar streitig,

Digitized by Google

aber nach dem Buchstaben der Nov. 117 cap. 5 als entschieden zu betrachten.

Windscheid, Lehrb. d. Pand.-R. Bd. 3 §. 574 not. 9. Der erhobene Anspruch war daher, insoweit er auf $^7/_8$tel der Portion der Substanz nach geht, zurückzuweisen.

---

## 63.

**Verhältniß der Beneficialerben zu den Nachlaßgläubigern.** La. $57/_{1868}$ Str.

Die Testamentserben eines im Februar 1866 verstorbenen Gutspächters traten die Erbschaft cum beneficio inventarii an, obwohl der Nachlaß augenscheinlich überschuldet war, indem sie hofften, es werde ihnen gelingen, einen Accord mit den Gläubigern zu schließen. Sie setzten deshalb die Gutswirthschaft fort und verkauften u. A. im Juli die ganze Rappsernte für 6120 Thlr., sahen sich aber bald genöthigt, den Nachlaß an die Creditoren rein abzutreten, worauf schon im August der formelle Concurs eröffnet wurde. Da der Käufer des Rappses bei der Lieferung nur einen Theil des bedungenen Preises baar bezahlt hatte, klagte nunmehr der Vertreter des Gläubigercorps auf Entrichtung des Restbetrages. Der Beklagte opponirte indessen eine Compensationseinrede, gegründet auf eine Wechselforderung, welche ihm unbestritten wider den Erblasser der Verkäufer zustand. Der Kläger machte dagegen geltend, es sei nicht statthaft, daß der Beklagte eine Schuld des Erblassers gegen eine Forderung der Beneficialerben aufrechne, denn mit der Concurseröffnung sei dasselbe Verhältniß eingetreten, wie wenn Erbschaftsgläubiger von ihrem Separationsrechte Gebrauch machen, d. h. es sei so anzusehen, ac si hereditas adita non fuisset. Forderungen, welche die Beneficialerben als Verwalter des Nachlasses und für diesen

Digitized by Google

erworben hätten, seien nur als Forderungen der Concursmasse zu behandeln, gegen welche der Schuldner mit Ansprüchen, die er an den Cridar habe, bekanntlich nicht compensiren könne. Gleichwohl wurde die vorgeschützte Einrede in allen drei Instanzen für begründet erklärt. Der Bescheid des O.-A.-Gerichts vom 2. December 1868 stützt sich auf folgende Erwägungen:

Es ist zwar richtig, daß die reine Abtretung der Erbschaft an die Nachlaßgläubiger Seitens der Beneficialerben den Nachlaß von dem eigenen Vermögen der Letzteren völlig trennt, ebenso wie wenn auf Instanz der Erbschaftsgläubiger Seitens der Beneficialerben eine Separation eingetreten ist, und daß im letzteren Falle die Sache so angesehen wird, als sei die Erbschaft gar nicht angetreten. Allein dieser letztere Satz hat hier, wie in jenem ersten Falle, nur die Bedeutung, daß die creditores hereditarii ihre Befriedigung aus dem Nachlasse ohne Concurrenz der Gläubiger des Erben suchen, dessen Vermögen aber ihnen, als solchen, nicht haftet, daß Forderungen und Schulden des Erben an den Nachlaß von Bestand bleiben, und daß es den hypothekarischen Erbschaftsgläubigern freisteht, denjenigen Handlungen der Erben gegenüber, durch welche diese anderen Gläubigern bessere Rechte gewährt oder dieselben befriedigt haben, ihre frühere Priorität aufrecht zu halten und den letztgedachten Creditoren, welche ihnen gegenüber nicht zur Hebung gekommen sein würden, das Gegebene wieder abzunehmen. Bis dahin, daß die cessio bonorum erfolgt, gelten die Beneficialerben als wirkliche Erben, repräsentiren nicht eine, bis dahin noch nicht als solche constituirte Gläubigerschaft, sondern ihren Erblasser.

Vgl. Dernburg, Recht der Compensation, 2. Aufl., S. 399.

Der Beklagte war aus seiner Wechselforderung von 2000 Thlr. unzweifelhaft ein Gläubiger des Nachlasses, und

Digitized by Google

wenn er aus dem, von Seiten der Erben an ihn geschehenen Verkaufe der zur Erbschaft gehörigen Rappsernte eine größere Summe schuldig blieb, so ward er auf den Betrag derselben Schuldner des Nachlasses. Den letzteren als einen von den Personen der Erben abgelöst'ten und für sich bestehenden Vermögenscomplex aufzufassen, ist unzulässig; der Beklagte war somit bis zur Abtretung der Erbschaft an die Creditoren zugleich Gläubiger und Schuldner der Erben, und er hatte die Befugniß, sobald er Letzteres ward, den Betrag der Schuld durch Aufrechnung seiner Gegenforderung zu tilgen. Dies Recht ist ihm, wie in den vorigen Erkenntnissen mit Recht angenommen worden, durch die Hingabe des Nachlasses an die Gläubiger desselben nicht verloren gegangen, und er kann sich dessen auch in dem gegenwärtigen, vom actor communis gegen ihn auf Bezahlung seiner Schuld angestrengten Processe bedienen.

— — — — — — — — — — — —

Ob etwa Erbschaftsgläubiger, deren Forderungen eine bessere Priorität haben, als diejenige des Beklagten, berechtigt seien, der von dem Letzteren geltend gemachten Compensation zu widersprechen und den Betrag der auf solche Weise getilgten Schuld zu ihrer eigenen Befriedigung heranzuziehen, steht gegenwärtig nicht zur Frage.



Digitized by Google

# III. Kirchen- und Staatsrecht.

## 64.

**Gutsherrlicher Verzicht auf die Kündigung eines Dorfschulcontracts.** Ma. $790/_{1869}$.

Der Gutsbesitzer D. hatte durch schriftlichen Vertrag vom 20. September 1865 unter ausdrücklichem Verzicht auf sein Kündigungsrecht den Lehrer M. als Dorfschulmeister angenommen, und war später in Concurs gerathen. Der Güterpfleger in diesem Debitwesen fand sich veranlaßt, dem M. das Dienstverhältniß um Ostern 1868 für die Herbstumzugszeit aufkündigen zu lassen. Inzwischen war das Gut aus dem Concurse verkauft und der neue Erwerber klagte nun gegen M., der sich auf die Unkündbarkeit seines Anstellungsvertrages berief, daß derselbe zur Räumung des Schulhauses verurtheilt werde. In erster und zweiter Instanz wurde diesem Antrage entsprochen; auf weitere Berufung des Beklagten wies jedoch das O.-A.-Gericht durch Erkenntniß vom 5. April 1869 die Klage ab.

Gründe:

1. Die erhobene Klage gründet sich auf die streitlose Thatsache, daß der in anerkannt richtiger Abschrift vorliegende Dienstcontract vom 20. September 1865, durch welchen der Beklagte von dem derzeitigen Gutseigenthümer D. zum Schulmeister in B. bestellt worden, am 18. April v. J., also im Laufe der Osterwoche, zum Abzuge auf den 24. October

Digitized by Google

durch den curator bonorum im D.'schen Concurse Namens der Gutsherrschaft gekündigt ist. Wenn Kläger sich darauf beschränkt, vom Beklagten die Räumung des Schulhauses zu fordern, so ist dies offenbar aus dem Grunde geschehen, weil er in Betreff der übrigen Dienstemolumente keine Veranlassung hat, klagend aufzutreten, und es kann daher nicht gesagt werden, jene beschränkte Klagbitte sei schon deshalb gerechtfertigt, weil Beklagter auf seine bisherige Dienstwohnung kein festes Recht habe, sondern sich deren Vertauschung mit einer anderen gefallen lassen müsse. Die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits hängt vielmehr lediglich von der Beantwortung der Frage ab, ob Beklagter jene Kündigung, seines sofort dagegen erhobenen Widerspruches ungeachtet, als zu Recht bestehend gelten zu lassen habe.

2. Diese Frage ist zu verneinen. Die vorhin erwähnte Urkunde über den in Rede stehenden Dienstvertrag ist zwar von beiden Contrahenten unterschrieben, bezeichnet sich auch am Schlusse als „Contract", ist aber ganz in der Form eines vom Dienstherrn einseitig ertheilten, nur ihn allein redend einführenden Anstellungsdocumentes abgefaßt. Dem Beklagten wird von dem anderen Contrahenten die Schulstelle zu B. übertragen, es wird ihm ein passendes Schulhaus verheißen, ein bestimmtes Einkommen, theils in baarem Gelde, theils in Naturalien, ausgesetzt, und zuletzt folgende Zusage gemacht: „Ein Verkauf des Gutes ändert die Gültigkeit dieser obigen Bestimmungen nicht, und entsage ich hiemit zugleich dem Kündigungsrechte". Daß ein solcher Verzicht rechtlich zulässig und wirksam sei, unterliegt nicht dem mindesten Zweifel. Die Regel, nach welcher Dienstverträge durch einseitige Willenserklärung lösbar sind, gehört nur insofern zu dem jus publicum, quod privatorum pactis mutari nequit, als eine unstatthafte Beschränkung der freien

Digitized by Google

Selbstbestimmung darin gefunden werden müßte, wenn der dienende Contrahent sich auf unverhältnißmäßig lange Zeit oder für immer unlösbar gebunden hätte, während dem vom Dienstherrn auf die Kündigungsbefugniß geleisteten Verzichte dieses Bedenken ebensowenig wie der §. 17 der Schulordnung vom 21. Juli 1821 entgegensteht. Hier wird allerdings die, beiden Theilen freistehende Kündbarkeit unter Festsetzung eines bestimmten Kündigungs- und Abzugs-Termines ausdrücklich anerkannt, aber nur in unmittelbarer Verbindung mit dem voraufgehenden Satze, welcher den Inhalt des Dienstvertrages, abgesehen davon, daß dem Lehrer die vorgeschriebenen Minimaleinkünfte nicht geschmälert und störende Nebendienste nicht auferlegt werden dürfen, der freien Vereinbarung überläßt. Danach ist unbedenklich anzunehmen, daß auch die als Regel hingestellte Kündbarkeit, soweit es ohne Verletzung allgemeiner Rechtsprincipien geschehen kann, der conventionellen Abänderung nicht entzogen sei.

3. Der Kläger bestreitet denn auch die Rechtsbeständigkeit des von seinem Rechtsvorgänger geleisteten Verzichtes keineswegs schlechthin, sondern behauptet nur, daß damit lediglich für die Person des Verzichtenden eine obligatorische Verbindlichkeit begründet sei, welche auf den Singularsuccessor nicht übergehe. Gegen diese Argumentation ist indessen von entscheidender Bedeutung der Umstand, daß die Landschullehrer nicht im Privatdienste der Gutsherrschaft stehen, sondern von ihnen, als von den Ortsobrigkeiten, angestellt werden und ein gleichsam öffentliches Amt unter Oberaufsicht der landeskirchlichen Behörden bekleiden, wie dies in Uebereinstimmung mit dem §. 496 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs die Schulordnung bei allen ihren Bestimmungen mit Nachdruck hervorhebt. Der Dienstcontract wird nach §. 17 von der Ortsobrigkeit mit dem anzustellenden

Digitized by Google

Schullehrer geschlossen, und die für diesen daraus entspringenden Rechte stehen ihm daher gegen jene Obrigkeit zu, die als solche, auch wenn sie auf patrimonialer Grundlage beruht, doch immer eine stetige von der Person des jeweiligen Inhabers unabhängige Existenz hat. Ein Beispiel dafür, daß die von einheimischen Gutsherrschaften in ihrer obrigkeitlichen Stellung ertheilten Zusagen und übernommenen Verpflichtungen Rechte begründen, welche die Besitzzeit des Promittenten und seiner Universalsuccessoren überdauern, liefern die üblichen Heimathsreverse, durch welche einem Ortsangehörigen nicht bloß sein actuelles Heimathsrecht attestirt, sondern auch die Wiederaufnahme selbst für den Fall zugesichert wird, wenn das Anrecht inzwischen durch Zeitablauf nach gesetzlicher Regel verloren sein würde.

4. Der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall steht noch das Bedenken entgegen, daß es nach der Fassung der betreffenden, oben wörtlich mitgetheilten, Vertragsclausel den Anschein gewinnt, als ob D. den Verzicht auf das gesetzliche Kündigungsrecht des Gutsherrn ausdrücklich nur für seine Person geleistet habe. Indessen darf nicht unerwogen bleiben, daß er dabei nur dieselbe Redeweise fortsetzt, welche er, wie bereits bemerkt, in der ganzen Vertragsurkunde durchweg befolgt, indem er überall nur von sich in der ersten Person spricht. Diese Abweichung von dem bei uns üblichen Sprachgebrauche, wonach auch die nicht collegialisch besetzten Landes- und Orts-Behörden ihre Willenserklärungen unpersönlich zu fassen pflegen, kann offenbar die Annahme nicht begründen, daß D. mit dem Beklagten überhaupt nur ein Privatabkommen zu treffen und gar nicht als Gutsobrigkeit mit ihm zu contrahiren beabsichtigt habe. Es ist vielmehr ganz unzweifelhaft, daß er den Vertrag als derzeitiger Inhaber der gutsobrigkeitlichen Gewalt, welcher gesetzlich die Sorge für die Besetzung der

Digitized by Google

Schulstelle obliegt, habe abschließen wollen; dann aber fehlt es an einem zureichenden Grunde, das „ich" in der Verzichtsclausel anders und beschränkter zu verstehen, als es im ganzen übrigen Texte der Vertragsurkunde gemeint sein kann. Ohnehin würde die unmittelbar vorhergehende Bestimmung, nach welcher ein Verkauf des Gutes den Vertragsinhalt nicht ändern soll, ganz müssig sein, wenn der Verzicht auf das Kündigungsrecht für den Käufer nicht gelten sollte. Denn daß der Verkauf den Dienstcontract nicht ohne Weiteres aufhebe, sondern daß der Käufer denselben anerkennen und befolgen müsse, so lange er denselben nicht in gesetzlich zulässiger Weise kündige, würde sich auch ohne besondere Bemerkung von selbst verstanden haben.

Ex. E. H. M.
4/24/02

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google